MAX-PLANCK-INSTITUT
FÜR EUROPÄISCHE RECHTSGESCHICHTE

MAX PLANCK INSTITUTE
FOR EUROPEAN LEGAL HISTORY

MAX-PLANCK-GESELLSCHAFT

www.rg.mpg.de

Max Planck Institute for European Legal History

research paper series

No. 2015-07

Alejandro Agüero

El uso del pasado en la enseñanza del derecho penal en Argentina. La imagen del Antiguo Régimen como tradición latente

http://ssrn.com/abstract=2652713

Dieser Beitrag steht unter einer
Creative Commons cc-by-nc-nd 3.0

Electronic copy available at: http://ssrn.com/abstract=2652713

El uso del pasado en la enseñanza del derecho penal en Argentina. La imagen del Antiguo Régimen como tradición latente[1]

Alejandro Agüero[2]

I. Introducción: Historia y Derecho

> "…una historia que, para empezar, suprime lo que no le conviene porque obstaculiza aspiraciones concretas y contradice certezas consideradas sacrosantas e intocables, es realmente una caricatura que no merece nuestra atención."[3]

No sería exagerado decir que la historia del derecho es una disciplina "en retirada", al menos, dentro del contexto formativo de los juristas en el nivel universitario de grado. Esta afirmación, que da cuenta de un hecho ostensible en el ámbito de las facultades de derecho en Argentina, vale también para otros escenarios occidentales.[4] Como lo ha señalado Thomas Duve, con respecto a la historia del derecho en Alemania, parece repetirse como patrón común, la paradójica situación de que mientras nuestra materia se ha abierto a nuevas formas de comprensión del derecho y a perspectivas provenientes de otras disciplinas, su posición institucional en las facultades de derecho se ha tornado cada vez más precaria.[5]

No pretendo volver aquí sobre las razones -bastante conocidas- de este proceso de "deshistorización" en la enseñanza del derecho que, por lo demás, puede adscribirse sin dificultad a un fenómeno generalizado en el campo del pensamiento social, particularmente acusado en las décadas finales del siglo pasado. Lo que sí me interesa destacar, parafraseando a Bourdieu, es que ha sido la propia historia la generadora de los mecanismos de "neutralización" de la historia, dando lugar así un efecto de *eternización* relativa de determinadas estructuras.[6] Si pensamos en el papel que le cupo a la historia del derecho en legitimación del orden jurídico resultante de las revoluciones burguesas, y en el rol que desempeñó, desde lo académico,

---

[1] Ponencia presentada por el autor en el Seminario Historia del Ordenamiento Jurídico-Penal en América Latina. Aproximaciones históricas y conceptuales. Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt am Main, 13 – 14 de Julio de 2015.

[2] CONICET-Universidad Nacional de Córdoba.

[3] Caroni, 2010 p. 86.

[4] Ejemplos en Caroni, 2010, pp. 55 ss.

[5] Duve, 2014.

[6] Bourdieu, 2000, p. 8 y 104 ss.

Electronic copy available at: http://ssrn.com/abstract=2652713

en la consolidación de ese nuevo derecho, podemos también comprender cómo ella misma contribuyó, junto con otros factores epistémicos e ideológicos, a generar un marco de posibilidad del pensamiento jurídico capaz de prescindir de la historia y buscar en otras claves los reaseguros de su propio funcionamiento y justificación.[7]

Valgan estas breves reflexiones para adelantar un necesario *mea culpa* de parte de quien profesa la historia del derecho como disciplina, antes de proceder al análisis de la narrativa histórica que los colegas de derecho penal suelen – quizás debería decir "solían" – incluir en sus tratados y manuales orientados a la enseñanza de esa "rama del derecho". Aunque pudiera sonar ya extemporáneo, atendiendo a la trayectoria que viene desarrollando la llamada "historia crítica del derecho" debemos reconocer que, al menos en Argentina, en las facultades donde todavía persiste como asignatura independiente, los programas vigentes de historia del derecho no traslucen por ahora una asimilación profunda de las nuevas corrientes, conservando, en cambio, buena parte de los sesgos que han venido siendo objeto de crítica en el debate académico más especializado.[8]

De este modo, todo lo que pueda objetarse a aquellas narrativas que suelen servir de introducción a la enseñanza del derecho penal es, a la vez, una objeción al modo en que durante mucho tiempo se concibió la forma de hacer historia del derecho. La más estrecha relación que antiguamente vinculaba a los historiadores del derecho con sus colegas de las ramas dogmáticas explicaría la difusión de los propios condicionamientos, al tiempo que, el logro de un estado de legitimación suficientemente sólido, entre otras razones, nos ayudaría a comprender el actual alejamiento entre unos y otros. Con estas advertencias nos proponemos aquí analizar los rasgos generales que ofrecen los apartados históricos de los tratados y manuales más difundidos en la enseñanza del derecho penal en Argentina, para detenernos específicamente en lo que podríamos llamar "la imagen del Antiguo Régimen" que ellos nos presentan. Nuestro análisis tiene un doble propósito: a) someter a crítica los rasgos definitorios que se ofrecen en el recorte histórico predominante de dichas obras y b) reflexionar sobre el papel que desempeña aquella "imagen" que, inserta en una tradición de saber, se reproduce en la enseñanza del derecho penal actual. Hecho esto, procuraremos considerar las posibles consecuencias de adoptar un punto de vista alternativo.

II. La historia en el derecho. Usos del pasado

La expresión "historia en el derecho" apunta deliberadamente a resaltar una forma de comprender la labor del historiador del derecho que, básicamente, pude resumirse en la idea de

[7] Garriga, 2004 y 2004b; Hespanha, 2002, donde, además de lo referido en el texto, se define en p. 21 la expresión "historia crítica del derecho" en el sentido aquí utilizada. Un análisis sobre la ahistoricidad de la jurisprudencia analítica puede verse en Horwitz, 1997.

[8] Para un balance reciente, Tau Anzoátegui, 2010.

Electronic copy available at: http://ssrn.com/abstract=2652713

construir una imagen del pasado adaptada a los moldes del derecho presente.[9] Aunque no siempre sea fruto de una estrategia intencional, dicho modo de proceder se observa en la adopción de puntos de vistas y estrategias narrativas que se manifiestan de diversos modos[10]:

- retroproyectando conceptos a épocas en las que resultan ajenos (*naturalización*)
- interpretando la relación entre pasado y presente como un *continuum* lineal y progresivo (*teleologismo*)
- consecuentemente, tomado selectivamente del pasado aquellos datos que sólo resultan relevantes porque caen dentro del área iluminada por los esquemas retroproyectados y, además, porque se ajustan a la cadena teleológica como antecedentes de estructuras del presente (*familiaridad dogmática*)

La historiografía crítica del derecho ha procurado mostrar de qué modo la narrativa tradicional, por vía de esa "política implícita de la idea continuidad" (Hespnaha), construyó una imagen del pasado que se adaptaba a los consensos fundacionales del estado liberal decimonónico, presentados como categorías atemporales válidas para el análisis de cualquier escenario social. Entre esos consensos básicos naturalizados que condicionaron la lectura del pasado jurídico, Hespanha destaca los siguientes:

a) la idea de una separación rigurosa entre sociedad política y la sociedad civil
b) la distinción de la naturaleza de los poderes, cuando se trata de poderes del Estado (poderes públicos) o de particulares (poderes privados)
c) la institución de una serie de mecanismos de mediación, fundados en el concepto de representación (concebido como un producto de la voluntad), por medio de los cuales los ciudadanos, viviendo en la sociedad civil, participaban en la sociedad política.
d) Identificación del derecho con la ley, concebida como expresión de la voluntad soberana
e) La institución de la justicia oficial como la única instancia de resolución de conflictos.[11]

A partir de las enseñanzas de la historia conceptual, diversos estudios han llamado la atención sobre el modo en que ciertas nociones basilares del lenguaje de los juristas decimonónicos se filtraron en la lectura histórica a través de significantes aparentemente inocuos como *estado*, *persona*, *sujeto*, *ley*, *legislación*, *derecho*, *soberanía*, *república*, *justicia*, *autonomía*, etc., imponiendo de esta manera sentidos que dibujan una imagen del pasado al servicio del presente en tanto que naturalizan artefactos emergentes de la cultura política decimonónica y diluyen la alteridad de las experiencias pasadas.[12]

Nada de lo dicho hasta aquí resulta nuevo para quienes están familiarizados con las discusiones teórico-metodológicas de las disciplinas históricas, así como para quien frecuenta la

[9] En el mismo sentido, Garriga, 2004, habla de "historia en la tradición"; también Gordon, 1984, 57-58, hace referencia al mismo efecto con una expresión aparentemente inversa, "law-in-history", para designar la perspectiva que sería dominante en la enseñanza jurídica liberal.
[10] Hespanha, 2002, p. 30 y ss.
[11] Hespanha, 2002, p. 31.
[12] Un panorama teórico en Koselleck, 1993.

historia conceptual, la más reciente historia de los leguajes políticos o la más acotada historia crítica del derecho.[13] No es este el caso, sin embargo, de los juristas, salvo notables excepciones. Incluso en el ámbito de las cátedras de historia del derecho, al menos en Argentina, la tematización de estas dificultades tiene todavía una presencia bastante marginal y la historia crítica del derecho no es representativa del pensamiento dominante en el profesorado universitario. Ya sea por ingenuidad o por determinación pragmática o ideológica, esta distancia entre los juristas y los problemas meta-historiográficos, ha facilitado notablemente la reproducción acrítica de unas narrativas históricas en el ámbito de las facultades de derecho que, bajo modestas pretensiones propedéuticas, terminan cumpliendo un papel de solidificación – por repetición – de las propias tradiciones.

Muy probablemente esa adherencia hacia el uso autoritativo de la historia está relacionada con las formas propias de la argumentación jurídica, especialmente cuando ésta, por alguna razón contextual, no procede por vía analítica. Analizando el discurso de los abogados norteamericanos, Robert W. Gordón propuso una clasificación de los "usos del pasado" que denota condicionamientos similares a los que hemos señalados con relación a la tradicional manera de hacer historia del derecho. Según Gordón los abogados apelan a la historia en un modo "estático", "dinámico", o "crítico". En el primer caso, lo hacen para sostener que una norma jurídica, regla o práctica, tiene un significado fijo que ha sido establecido por el uso pasado, reclamando así adhesión a la comprensión original de un texto o a las intenciones auténticas de un legislador originario. En el modo "dinámico", parten de la base de que el derecho y las instituciones deben adaptarse a las condiciones cambiantes de la sociedad, aunque asumiendo implícitamente que la evolución jurídica sigue algún patrón tendencial de la historia, una *dirección* subyacente del cambio político, económico o social. En ambos casos, el recurso a la historia se hace en pos de una autoridad, ya sea la del valor inmutable o la del curso natural evolutivo de las cosas. En el modo "crítico", en cambio, se indaga en el pasado para cuestionar su papel autoritativo.[14]

Lo que vincula a los modos estáticos y dinámicos en la función autoritativa es, según el citado autor, su concepción lineal y continuista de la relación entre pasado y presente: "El pasado puede controlar el presente porque está continuamente conectado con el presente a través de narrativas de estasis o tradición, o de progreso y declive".[15] En el modo crítico, en cambio, se parte de la idea de una ruptura o discontinuidad entre las experiencias del pasado y las del presente. Este es el punto nodal donde se separan los modos de aproximarse a la historia. Un abismo media –se ha dicho– entre ambas actitudes, en tanto que por la vía de la continuidad se ordena el pasado en función el presente, se hace derecho con la historia, mientras que por

[13] Un debate actualizado sobre las relaciones entre historiografía política y jurídica, puede verse en Barriera-Tío Vallejo (coords.), 2012. Sobre los lenguajes políticos, Palti, 2005.

[14] Gordon, 1996.

[15] "The past can control the present because it is continuously connected with the present through narratives of stasis or tradition, or of progress or decline", Gordon, 1996, p. 125.

el reconocimiento de las rupturas es posible una aproximación que procure liberar la lectura del pasado de esos condicionantes.[16]

Pudiera alegarse que un conocimiento del pasado completamente liberado condicionantes presentes es imposible y que aun, si lo fuera, no tendría otra utilidad que saciar una mera curiosidad erudita.[17] A la primera objeción se puede responder concediendo que, en parte, es así, pero que hay condicionamientos que son evitables una vez que se toma conciencia de ellos. Ante la segunda, cabría decir que un conocimiento menos condicionado del pasado contribuye a desactivar el papel legitimador de las representaciones tradicionales en la medida en que ya no podemos valernos, para sostener el presente, ni de las teorías evolutivas ni de las amenazas a un regreso de oscurantismo. A nuestro juicio, a pesar de la ostensible des-historización de la enseñanza predominante del derecho penal, estas dos formas de uso del pasado, siguen operando. Como esperamos mostrar aquí, a pesar del menor peso relativo de los capítulos históricos en las obras más actuales, la narrativa histórica sigue funcionando como generadora de sentido, ya en su aspecto genético evolutivo ya como tradición ejemplarizante.[18]

III. La historia en del derecho penal y procesal penal en Argentina:

a) Formas de inserción de la historia y configuración del relato evolutivo

Tematizar el problema de la historia en la enseñanza del derecho penal implica preguntarnos, en primer lugar, cómo y por qué se inserta la historia en las obras a las que más usualmente se recurre en las aulas universitarias, para analizar, en segundo lugar, cuándo y cómo la apelación a la historia se torna operativa en las discusiones actuales. No nos planteamos aquí analizar las obras y sus autores en términos de una historia de las ideas[19], sino identificar los rasgos de una trama textual sostenida por las referencias bibliográficas que marcan (o marcaron) una impronta indeleble en producciones subsecuentes destinadas a la enseñanza del derecho penal en Argentina. Seguir cada uno de los hilos de dicha trama nos demandaría a una labor excesiva para nuestros propósitos. Nuestro recorte se concentrará en la experiencia de la enseñanza del derecho penal en la Universidad Nacional de Córdoba, considerando un rango de obras que van desde los manuales de lectura obligatoria hasta los tratados citados como referencia opcional para abundar en la materia. Esperamos que la muestra sea suficien-

[16] Garriga, 2004, p. 4.
[17] De hecho, se ha observado que las dificultades epistemológicas, entre otras razones, llevaron a muchos historiadores a "refugiarse" en el pasado, abdicando de toda pretensión explicativa con incidencia explícita en el presente, Lawrence, 2012, p. 323.
[18] Sobre esta forma de tradición, Rüsen, 2012.
[19] Para nuestro contexto, véase Cesano, 2011.

temente representativa como para que las conclusiones sean plausiblemente generalizables para el caso argentino.

Un par de aclaraciones previas se imponen. Al señalar la falta de crítica histórica entre los penalistas, no pretendemos sugerir aquí que el campo de los estudios de derecho penal haya sido impermeable a cualquier clase de discurso crítico. No es nuestro propósito referirnos al impacto que tuvieron los enfoques sociológicos vinculados con la llamada "criminología crítica", así como las alternativas minimalistas o abolicionistas que dieron lugar a una intensa discusión en el campo de los "estudios penales".[20] Incluso ha de señalarse que algunas obras de tenor histórico, como las generadas a partir de los trabajos de Foucault sobre cuestiones vinculadas a la justicia y el castigo, no dejaron de resonar al menos en un sector de la manualística. Lo que nos interesa destacar es que, aun en aquellas obras que se han mostrado sensibles a estas críticas, las caracterizaciones históricas referidas a los contextos pre-contemporáneos responden todavía, en buena medida, a los sesgos con que fueron concebidas por la literatura tradicional precedente.

La segunda aclaración se refiere al hecho de que dentro del campo de obras básicas de la enseñanza jurídico penal habremos de considerar incluidas aquellas que pertenecen al derecho procesal penal. Entendemos que ello es necesario no sólo porque ambas disciplinas operan como saberes concurrentes que integran la llamada "ciencia global" del derecho penal (por usar la expresión de Roxin)[21], sino porque, además, existe una notable correspondencia entre los rasgos y perspectivas que se han privilegiado a la hora de exponer los capítulos históricos, más allá de algunas disidencias en la valoración de los aspectos destacados de cada época. Quizás la razón fundamental que explique esta concurrencia, junto con las influencias compartidas, las contingencias curriculares y los debates en torno a las respectivas autonomías disciplinares, tenga que ver con el hecho de que tal separación entre normas formales y sustanciales – que sustenta la división disciplinar – no fue operativa en el contexto previo a la experiencia jurídica contemporánea. En cuanto nos remontamos hacia los tiempos pre-contemporáneos, nos alejamos progresivamente de una concepción del derecho basada en la centralidad de las normas (derecho *sub specie legis*), para adentrarnos en un horizonte en el que la experiencia jurídica en su totalidad aparecía constituida y orientada en torno a la función de "hacer justicia".[22]

Esta última advertencia proporciona un adecuado indicador para introducir el problema de la alteridad entre pasado y presente, con todas sus posibles consecuencias en la composición de una narrativa histórico-jurídica. Es evidente que la teoría general del derecho penal sustantivo es fruto del programa ilustrado de finales del siglo XVIII, como también queda fuera de discusión el hecho de que la separación entre normas de fondo y de forma se intro-

[20] Zaffaroni, [1989] 2003.

[21] Roxin, 1997, p. 44.

[22] Lacchè - Meccarelli, 2012, p. 7. Proyectando esta distinción al tipo de fuentes, algunos estudios antropológicos hablan de esquemas "rule-centered" o "processual-centered", como enfoques alternativos, no necesariamente opuestos. Cfr. Roberts, 1983, pp. 3-6.

duce como criterio en los textos legales sólo a partir del siglo XIX.[23] La pacífica aceptación de estas constataciones no es, sin embargo, objeto de tematización, ni es advertida su relevancia como momento divisorio entre dos horizontes culturales que responden a diferentes cosmovisiones, a dos concepciones del derecho inconmensurables entre sí, sin cuya consideración la descripción de sus respectivas prácticas institucionales resulta distorsionada. De ahí que, obviando ese indicador de discontinuidad, tanto desde la enseñanza predominante en el derecho penal como de la del procesal penal, se recurre, en buena medida, a los mismos tópicos del pasado, buscando aquello que resulta *familiar* a una mirada actual sobre el castigo.

Son excepcionales los textos de enseñanza que procuran escapar de esa clásica perspectiva continuista basada en la idea de un progreso lineal en el que la historia del derecho penal es relatada como "un bucólico cuento del progreso humanitario, que partiría de penas ilimitadas (venganza privada) seguiría con penas limitadas (venganza pública), pasando a otras más limitadas (humanización) para culminar en la etapa actual a la que el analista histórico intenta presentar como el momento más avanzado de la evolución".[24] La obra de la que tomamos estas palabras, exhibe así un intento de desmarcarse explícitamente del relato evolutivo clásico, sin embargo, como procuraremos mostrar más adelante, no logra romper completamente con las consecuencias derivadas de una noción latente de continuidad. Pero antes de abordar este caso específico, y antes de adentrarnos en la crítica histórica, es importante repasar, aunque sea brevemente, el modo en el que la historia se introduce en el tipo de literatura que estamos considerando.

Dejando de lado algunas técnicas de enunciación muy habituales en el discurso de juristas que, como el perdurable hábito de expresar en latín los principios fundamentales, buscan transmitir un sentido de densidad histórica, podemos distinguir dos vías, normalmente concurrentes, por las que se introduce la historia en la exposición del derecho penal. La más ostensible ha consistido en insertar, siempre después de haber conceptualizado la disciplina, con las características de su objeto y la relación con otras disciplinas, un capítulo, o parte de un capítulo, destinado a hacer una reseña histórica abarcando en ella desde los "tiempos primitivos" hasta las llamadas "escuelas" del derecho penal liberal, para dar cuenta del proceso de codificación en un apartado subsecuente. La segunda vía, más sutil pero no por ello menos efectiva, se manifiesta mediante breves invocaciones de carácter tópico utilizadas en la introducción de algún tema específico. Una alternativa, dentro de la primera forma, consiste en acotar el relato a la época contemporánea, manteniéndose las referencias a un pasado más remoto sólo a través de aquellas invocaciones tópicas.

A modo de conjetura, podría sugerirse que aquellas obras que se mueven con comodidad en un contexto dogmático consolidado, no exhiben la necesidad de llevar sus análisis históricos más allá del umbral marcado por los procesos de codificación y, en todo caso, prefieren centrarse en aquellas reflexiones históricas que explican los cambios en el campo del análisis

[23] Zaffaroni, [1980] 1998, I, p. 13; Bacigalupo, 1999, p. 79; Maier, [1989] 1996 I, p. 145.
[24] Zaffaroni, Alagia, Slokar, [2005] 2007 pp. 165-166.

dogmático.[25] En esta línea, algunos autores entienden suficiente presentar, a lo sumo, un "esquema histórico de los fundamentos de las legislaciones penales modernas", tomando como punto de partida la tradición iluminista.[26] Esta perspectiva permitiría sortear todos los sesgos característicos de las narrativas referidas al Antiguo Régimen, si no fuera que:

a) no se advierte que la idea de "legislación" es inherentemente moderna (en tanto que remite a una concepción del derecho entendido como sistema de reglas que es ajena al horizonte pre-moderno)

b) como consecuencia, esa estrategia no evita los sesgos que queremos evidenciar, en tanto asume de modo acrítico el relato ilustrado en términos de progresiva humanización, presentándola, sin más, como el "momento de superación de la tradición penal medieval".[27]

Con estas consideraciones, por breve que sea el excurso histórico, ya aparece determinado por un uso dinámico del pasado en el que la experiencia pre-liberal opera de modo tácito como referencia a un horizonte "superado". Pero incluso cuando se prescinde de ese punto de partida y sólo se incluye como apartado histórico una relación legislativa de los procesos de codificación, aquella imagen, igualmente tácita, se suele filtrar en referencias tópicas que evidencian la asunción de ciertos rasgos consagrados por las narrativas continuistas tradicionales. Así lo hace, por ejemplo, Roxin, cuando en su Derecho Penal, aborda el tema relativo a las teorías sobre el "fin de la pena", asumiendo, sin matices, que el fundamento retribucioncita describe el "desarrollo de la pena de forma absolutamente correcta también desde el punto de vista histórico", como un estándar que proviene de la antigüedad y atraviesa el momento ilustrado, de tal modo que las prácticas de talión y la obsesión kantiana sobre la necesidad de cumplir con la ley penal -por imperativo categórico- en cualquier contexto que fuera, resultan extrañamente emparentados.[28]

Como veremos más en detalle, el problema de este extraño emparejamiento no es tanto que se ignoren los múltiples mecanismos que en la cultura premoderna relativizaban el castigo penal, sino que se neutraliza por completo el carácter fundacional de las teorías ilustradas que se orientaron, con diversa justificación, a potenciar radicalmente la efectividad de leyes penales.[29] Sintomáticamente, las referencias tópicas a la historia que van más allá del horizonte contemporáneo parecen producirse sólo en aquellos temas que tensionan el razonamiento dogmático o que requieren de una legitimación particularmente fuerte, tales como las mencionadas teorías sobre el fin de la pena, el principio de legalidad, la teoría del consentimiento o el problema de la legítima defensa.[30]

Atendiendo a los tratados y manuales de referencia utilizados en Córdoba, y en buena parte de Argentina, siempre salvando posibles excepciones, vemos que exhiben, por el con-

---

25 Roxin, 1997, I, p. 111 y ss.

26 Bacigalupo, [1983] 1996, pp. 39 ss.; Bacigalupo, 1999, pp. 78 ss.

27 Bacigalupo, 1999, p. 80.

28 Roxin, 1997, p. 82. Algo similar ocurre con la teoría de la prevención especial, ilustrada con un ejemplo clásico y otro ilustrado, sin solución de continuidad, íd., p. 85.

29 Sobre el contraste entre un orden penal virtual y uno más efectivo, Hespanha, 1993, pp. 203 ss.

30 Roxin, 1997, pp. 80-82, 141, 511, 610 respectivamente.

trario, la forma clásica de introducir una sección histórica que contiene ingredientes que calificaremos aquí como "pre-contemporáneos" (pre-modernos, o pre-liberales), presentando una narrativa que se remota a "tiempos primitivos" o, al menos, a la antigüedad clásica, como punto de partida. Esta opción predominante, reproduce en buena medida las bases sentadas por la literatura europea que sirvió de inspiración a los referentes fundacionales de la dogmática penal en Argentina: Sebastián Soler y Ricardo Núñez.[31]Junto a la impronta marcada por estos autores en la tratadística posterior, cabe considerar también el coetáneo impacto de Vélez Mariconde en el campo del derecho procesal penal.[32] Es posible sugerir que la dedicación que mostraron estos autores, especialmente Soler y Vélez Mariconde, en sus obras de exposición general, no se explique sólo en función de los todavía por entonces estrechos compromisos entre historia y análisis jurídico, sino también en virtud del hecho de que ambos, cada uno a su modo, desafiaron un determinado *status quo* precedente, ya fuera en la lucha conjunta que asumieron para reformar el procedimiento penal en Córdoba, ya en el ámbito académico para contrarrestar el auge del positivismo criminológico.

Vélez Mariconde y Sebastián Soler impulsaron en Córdoba, hacia finales de la década de 1930, la sanción del que sería considerado el primer código procesal penal "moderno" de Argentina.[33] Vale la pena indicar que, precisamente, el *Derecho Procesal Penal* (1956, 1969, 1982) de Vélez Mariconde, es un raro ejemplo en el que la Historia aparece como primer título de la obra (o bien, como título que encabeza toda la Primera Parte del tomo I)[34]. Se trata, no obstante, de una historia "pre-ordenada", en tanto que toda la narrativa está orientada por la convicción de que el "desarrollo histórico del proceso penal pone de manifiesto tres sistemas de singulares características: acusatorio, inquisitivo y mixto."[35] En ese esquema, inspirado en clásicos italianos como Carrrara y Lucchini[36], se encierra un ciclo de evolución del proceso penal que "demuestra esa eterna lucha entre los intereses de las sociedad y del individuo, que aquél debe tutelar, lo mismo que la íntima conexión que existe entre el derecho político y el procesal penal".[37] El propósito de su dedicación histórica se orientaba así a trazar un panorama integral que, comenzando por el derecho griego, pasando por el romano y el antiguo derecho español, permitiese valorar los sistemas procesales vigentes para demostrar cómo las leyes procesales argentinas de su época sostenían, todavía, instituciones "caducas y abandona-

31 Sobre el papel de estos autores, junto con la figura de Fontán Balestra, en la consolidación de la dogmática penal en Argentina, Zaffaroni- Croxato, 2014, p. 200.

32 Especialmente abundante en aspectos históricos en su *Derecho Procesal Penal*, cuya primera edición data de 1956.

33 Véase Vélez Mariconde - Soler, 1938.

34 Publicada en 1956 como "Estudios de Derecho Procesal Penal" y en 1969 como "Derecho Procesal Penal", fue objeto de una 3ª edición actualizada por Manuel Ayán y José I. Cafferata Nores en 1982. El tomo I consta de dos partes, "I - Historia" (incluye cinco capítulos) y la II "Política Procesal".

35 Vélez Mariconde [1956; 1969] 1982, I, p. 19.

36 El esquema "histórico típico", aparece presentado por Lucchini, [1899]1905, cap. VI, p. 31 ss., obra a la que remite Vélez en nota a pie, junto con la referencia al célebre *Programma* de Carrara [1859] 1867, que todavía incluía parte procesal en la sección tercera de su Parte general, con reflexiones sobre el origen histórico del juicio penal § 796 a 806 y el esquema tripartito § 841 a 860.

37 Vélez Mariconde [1956; 1969] 1982, I, p. 15-16.

das por la doctrina moderna", instituciones "propias de la Edad Media… tan antiguas como deleznables".[38]

En aquella secuencia, cada sistema procesal obedecía a una concepción del Estado que lo coloca en lugar secundario en el acusatorio, lo absolutiza en el inquisitivo y lo presenta como un equilibrio entre ambos extremos en el mixto.[39] Cada modelo se forma con determinados rasgos de cada época histórica. La oralidad, el carácter popular, contradictorio y el "exagerado" protagonismo del particular ofendido, se toman de momentos del derecho griego, de la república romana, de la experiencia germánica y de los fueros medievales. Ya en el derecho romano se ven ciertos indicios de "evolución" en la distinción entre delitos públicos y privados, aunque allí se encuentran también los "gérmenes" del modelo inquisitivo. Éste tiene su inicio con el "despotismo imperial" romano y se consagra en el bajo medioevo con el derecho canónico, capaz de conjugar una dosis de racionalidad - evidenciada en el abandono de las ordalías y en la vinculación del juez a las pruebas-, con el autoritarismo que concentra toda la jurisdicción en el rey, que recurre al tormento, que abandona el contradictorio y termina por negar cualquier posibilidad de defensa. El ciclo se cierra con las críticas de la Ilustración que, en nombre de la razón y el derecho natural, recuperan el respeto a los derechos del individuo tomando como modelos a la república romana y a Inglaterra ("que se salvó de la Inquisición").[40] Este esquema, que mostraba esa correlación entre los regímenes políticos y los sistemas de enjuiciamiento penal, permitía corroborar la "desgraciada excepción" que significaba la disparidad que se daba entre el orden político impuesto por la Constitución argentina y los códigos procesales vigentes por entonces.[41]

En el campo sustantivo, Sebastián Soler había publicado unos años antes su Derecho Penal Argentino, presentándolo como fruto de un esfuerzo por desafiar el "franco predominio de la orientación positivista" que, según sus palabras, se experimentaba entonces en el ámbito académico argentino.[42] En la primera edición de 1940, Soler achacaba a ese predominio positivista el clima crítico que había afectado el prestigio de la ley como algo cualitativamente diferente de la doctrina. Expresaba así, en el prólogo, que entre las razones que lo habían llevado a emprender la redacción de su tratado, debía considerarse la finalidad de fomentar el sentimiento de respeto hacia la ley, algo que para la edición de los años sesenta vería como un objetivo alcanzado, asumiendo que su obra había constituido "el primer intento de reconstrucción dogmática del Código Penal" argentino. Su propósito había sido, además, que "la construcción dogmática" no fuera confundida con "apreciaciones extranormativas", con "opiniones personales" o "con teorías derogatorias de la ley".[43] Ese programa de reforzar la ley mediante la dogmática, requería todavía entonces un amplio espacio dedicado a ofrecer una

[38] Íd., pp. 17-18.
[39] Íd., p. 20-21.
[40] Íd., pp. 24-136.
[41] Íd., p. 93, nota 2.
[42] Sobre el contexto intelectual y el significado de la obra de Soler, véase Cesano, 2011, cap. 2, pp. 57-86.
[43] Soler, [1940] 1992, *Prólogos a la primera edición de la parte general* (1940), *Prólogo a la segunda y tercera ediciones* (1963), pp. V – X. Véanse a este respecto las consideraciones de Cesano, 2011, loc. cit.

"Reseña histórica de la evolución del derecho penal" que, como segunda sección - luego de una "Introducción" donde habían quedado fijado los aspectos conceptuales-, trazaba un largo recorrido desde el pensamiento primitivo y las prohibiciones tabú, hasta el "derecho penal argentino histórico"[44].

La sección histórica venía a respaldar, a su vez, algunas invocaciones tópicas que ya desde la introducción conceptual prefiguraban la línea evolutiva, como cuando al referirse al carácter de regulador de actos externos del derecho penal, recordaba que pese a algunas referencias históricas que hacían mención a este punto, no había sido sino con la Ilustración que este principio se había consolidado en oposición a las "veleidades de príncipes tiránicos, la funesta confusión del delito con el pecado y la idea de tutelar un credo mediante sanciones penales".[45] Del mismo modo, al introducir como rasgo conceptual el carácter público del derecho penal, recordaba el contraste con los extensos poderes del *paterfamilias* y otras "formas privadas de represión" de las cuales la historia daba referencias.[46] Esta adhesión al paradigma evolutivo de la civilización entendida como expresión de la cultura europea[47], no le impedía a Soler detectar alteridades y señalar reparos con respecto a los juicios críticos sobre aspectos descontextualizados del pasado. Así, por ejemplo, llegaba a poner en tela de juicio la plausibilidad de las construcciones que identificaban en la venganza el "origen de la penalidad", considerando que ese punto de vista implicaba atribuir al "hombre salvaje, y aun al bárbaro, los mismos sentimientos y modos de pensar nuestros".[48] Esa percepción de la alteridad le servía también para relativizar otros aspectos históricos (como los deméritos sistemáticamente atribuidos por la doctrina a las leyes visigodas), reclamando que para entender y poder juzgar los documentos del pasado, éstos debían ser "históricamente situados".[49] .

De todas formas, aun con esa sensibilidad histórico-antropológica, producto de su amplia formación en el campo de la ciencias sociales, no podía evitar un reconocimiento de la alteridad propio del uso dinámico del pasado, en tanto que su discurso estaba inmerso en un paradigma evolutivo que se le hacía evidente en las progresivas transformaciones que mostraba la historia (la individualización y limitación de la venganza, el carácter público del castigo, la humanización de las penas, etc.).[50] Al igual que el esquema histórico procesal, la trayectoria del campo sustantivo también respondía a "las vicisitudes del derecho público".[51] Podía discrepar en algunos aspectos, apreciar más el valor del carácter público-estatal de la penalidad y mirar con desconfianza el supuesto privatismo germánico. Pero, más allá de sus recaudos

---

44 Soler, [1940] 1992, pp. 62-133.
45 Soler, [1940] 1992, p. 18.
46 Íd., p. 17.
47 "Europeo o civilizado" aparece como disyunción incluyente en p. 98.
48 Soler, [1940] 1992, p. 62.
49 Soler, [1940] 1992, p. 91. Incluso advertía los posibles sesgos con respecto a la información ofrecida por los cronistas españoles por su falta de conocimiento sobre la "psicología del alma primitiva", p. 95, nota 2.
50 Esos rasgos respondían a un patrón universal que lo llevaba, por ejemplo, a sostener que el derecho penal incaico respondía a un elevado estado de evolución en la medida en que (agreguemos nosotros, al igual que el occidental) presentaba un "*carácter exclusivamente público*". Íd., p. 106.
51 Íd., p. 77.

de tenor relativista, se mostraba, a la postre, como un convencido defensor del "proceso de humanización del derecho" experimentado en los "últimos doscientos años", que no debía confundirse con un "progresismo ingenuo".[52] De ahí el alto valor que concedía a la historia, en tanto que el propio derecho, los códigos modernos, eran reflejo de "experiencia y sabiduría acumulada".[53] No es el caso criticar aquí la convicción que mostraban estos autores con respecto a la evolución del derecho. Lo que nos interesa mostrar es cómo aquella narrativa evolutiva se consolidó en buena parte de los tratados y manuales que siguieron.

Junto a Soler y Vélez Mariconde, la figura de Ricardo Núñez marcó una fuerte impronta en la consolidación de la dogmática penal en Argentina y tanto su Tratado como su Manual, fueron referencia casi excluyente en la enseñanza jurídico penal en Córdoba, y buena parte de Argentina, hasta años no muy lejanos. En su Tratado, Núñez reduce la sección propiamente histórica a un primer título dentro del apartado III, destinado al Derecho Penal Argentino; dicho primer título está dedicado al "Desenvolvimiento legislativo" y se enfoca en la descripción del proceso de codificación argentino. Sin embargo, en el apartado anterior, introduce la serie de tópicos evolutivos que jalonan la trayectoria desde el derecho penal primitivo hasta el contemporáneo, haciéndolo no ya bajo un lema que anuncie un contenido histórico sino como parte del tratamiento teórico de la caracterización del "Derecho Penal Común", de suerte que los momentos históricos se reflejan en categorías relativas a las "Finalidades prácticas del derecho penal". Allí se enuncia el postulado evolutivo según el cual el Derecho Penal, antes de llegar a ser el sistema de principios expuestos por la doctrina, "se desenvolvió en etapas progresivas que, persiguiendo distintas finalidades prácticas, alcanzaron el punto más alto en su manifestación legislativa codificada".[54] En esas finalidades prácticas del derecho penal, aparecen consecutivamente "la venganza y sus limitaciones", la "venganza de la divinidad", la "venganza del poder absoluto", para dar lugar después al advenimiento del "derecho penal liberal" cuyo desarrollo sería "interrumpido" por las concepciones autoritarias del Estado en el caso de la Alemania Nazi y de la Unión Soviética, retomándose parcialmente la senda liberal tras la segunda guerra mundial.[55]

Sin perjuicio de que otras invocaciones tópicas de carácter histórico aparecieran a la luz del tratamiento de algunos principios derivados de los fundamentos políticos del derecho pe-

---

[52] Soler, [1940] 1992, p. 46, en expresión agregada en la edición que manejamos que remite al libro del mismo autor, *Fe en el Derecho y otros ensayos,* p. 167-168, sostenía: "…el reconocimiento de la humanización experimentada por el derecho en estos últimos doscientos años no es la expresión de un ingenuo progresismo. La casi total desaparición de la esclavitud, de la legalidad del proceso por *questiones* (torturas); la distinción firmemente trazada entre delito y pecado; la casi desaparecida penalidad por opiniones; la reforma penitenciaria; todo ello constituye un proceso cuya realización se cumple ante nuestros propios ojos. Y entiéndase bien, no somos ciegos que no queremos ver que en la realidad haya aún torturas y abusos; sí existen; pero véase esta diferencia ya lograda: sólo existen hoy autoridades que las consientan; pero no leyes…"

[53] Soler, 1956, p. 154. Esa misma lección había seguido Vélez Mariconde, tomada expresamente de Soler, Vélez Mariconde, [1956; 1969] 1982 I, p. 17.

[54] Núñez, [1960,] 1987, I, pp. 42 y ss. Véase en p. 64 y ss. la parte propiamente histórica del derecho penal argentino.

[55] Íd., pp. 42-52.

nal,[56] el diseño evolutivo se introduce bajo el aspecto de marco teórico, tomando a la venganza como denominador común y a los sujetos/objetos vengados como los determinantes de los diversos estadios. A pesar de esta discrepancia con Soler, tanto en los postulados como en el método de exposición, el dibujo progresivo subyacente y su punto de llegada (marcado por la humanización ilustrada) eran los mismos. Sin abandonar la línea evolutiva, Núñez ofrecerá una forma distinta de exponer los momentos históricos en su ampliamente difundido Manual de Derecho Penal, publicado en 1972 y sucesivamente reeditado y actualizado hasta 2009. Aquí la historia pre-contemporánea entra en el último epígrafe del primer capítulo, bajo el lema "Fuentes del derecho penal actual". La historia se toma expresamente en función de sus "aportes al derecho ulterior", asumiéndose que las instituciones penales modernas "tienen en no poca medida su fuente en el derecho romano, germánico y canónico"[57]. Más allá de la problemática noción de "fuente" del derecho, la referida secuencia histórica responde a los tradicionales momentos "modélicos" de la evolución jurídica, presentados ya de manera muy esquemática. El capítulo segundo, dedicado a la "Evolución del Derecho Penal Argentino", aborda la cronología de leyes desde 1810 hasta las últimas reformas del Código.[58] La historia del pensamiento penal contemporáneo no se presenta como análisis histórico, sino como clasificación de "escuelas penales" en el capítulo IV.[59]

Si Núñez había optado por acotar sus referencias al derecho penal pre-ilustrado a unas pocas páginas dedicadas a la secuencia romano-germánico-canónico, Fontán Balestra, otro de los pioneros de la dogmática penal argentina, presentaría un esquema más cercano al utilizado por Soler en la composición de su "Derecho penal – Introducción y parte general", cuyas primeras ediciones datan de comienzos de la década de 1950, con actualizaciones hasta 2002, de gran proyección en la enseñanza universitaria. Como cuarto epígrafe de la sección introductoria, después de las caracterizaciones generales de la materia, introduce una "Reseña histórica del derecho penal" donde aborda la época primitiva, la Edad Antigua (con referencias al derecho hebreo y al romano), la Edad Media (con sus momentos, germánico, canónico, glosadores y prácticos, derecho hispánico), la Edad Moderna (donde aparecen la recepción en Alemania, La Carolina y las Ordenanzas de Policía imperiales, y el Humanismo), para concluir con las escuelas penales (clásica, positiva, neopositivismo, intermedias, correccionalistas, el tecnicismo jurídico: la dogmática). Luego, en el siguiente epígrafe, expone una "síntesis del desenvolvimiento legislativo argentino", que comienza con la época colonial y concluye con la codificación. [60]

Fontán Balestra, como Soler, exhibe una sensibilidad histórica que se evidencia en la forma de composición (responde a épocas de la historia y no a esquemas típicos), bajo similares patrones que fungen como indicadores de la línea evolutiva. También mostrará aquella prudencia basada en un reconocimiento dinámico de la alteridad, mediante una advertencia con

[56] Íd., p. 93, 107.
[57] Núñez, [1972,] 2009, pp. 24 y ss.
[58] Íd., pp. 34-42.
[59] Íd., pp. 52 y ss.
[60] Fontán Balestra [1953,] 1998, pp. 39-79.

la que se inicia el derrotero histórico: "Es erróneo -nos dice- un punto de partida que pretenda entender los hechos sociales primitivos mediante una concepción racional, puesto que, mientras nosotros explicamos todos los fenómenos mediante el conocimiento de las leyes constantes de la Naturaleza, la mente primitiva desconoce totalmente la relación causal".[61] Tratando de evitar juicios negativos, procura describir con cierta distancia los elementos que cada época habría aportado en la secuencia de transformación progresiva hasta el momento culminante que representa la obra de Beccaria como inicio del definitivo "proceso de evolución jurídica del Derecho Penal" que sería llevado a su máxima expresión con el Programa de Carrara (1859).[62]

Con leves variantes, y con alguna excepción, el esquema evolutivo se ha conservado en la literatura didáctica más difundida de finales del siglo XX. El Derecho Penal de Carlos Creus, muy utilizado como manual desde finales de los 80 de ese siglo, con sucesivas ediciones hasta 2011, introduce como capitulo segundo (después de haber ofrecido el concepto y caracteres de la materia en el primero) la clásica "Evolución del Derecho Penal", cuya narrativa no se estructura por épocas sino por las "grandes direcciones" que han guiado esa evolución. Para el autor, el contenido de la parte histórica en este tipo de obra debe limitarse a exponer el sentido de esas tendencias: "Todo lo que se puede hacer es delinear las grandes direcciones que se advierten en la evolución desde un derecho penal que podemos catalogar como privado hacia un derecho penal de carácter público; desde el reconocimiento de una responsabilidad colectiva y objetiva hacia una responsabilidad individual y subjetiva; desde un derecho de arbitrio judicial irrestricto hacia un sistema de legalidad"[63]. A manera de decantación de los diversos recorridos históricos transmitidos en las obras precedentes, se presenta esta síntesis que rescata los tópicos centrales sobre los que ha girado, en general, la historia en el derecho penal.

En función de ese planteamiento, la sección que Creus dedica a un horizonte que abarca desde las formas "prehistóricas" de penalidad hasta el orden jurídico de las monarquías de la Edad Moderna, se agrupa bajo el lema "Camino hacia la pena pública e individual", mientras que el que expone para dar cuenta del proceso que conduce de las reformas ilustradas hasta la codificación, pasando por la llamada "escuela clásica", es presentado como "Camino hacia el principio de legalidad y responsabilidad".[64] El análisis sigue con momentos que parecen escapar a la armonía de aquellas direcciones tendenciales, pero que ya pertenecen al contexto contemporáneo[65], para culminar con dos epígrafes destinados a las ideas penales argentinas y a la historia de la legislación penal, comenzando este último, con buen criterio a nuestro jui-

[61] Íd., p. 39.
[62] Íd., p. 53.
[63] Creus, [1988,] 1992, p. 29.
[64] Íd., pp. 29-33 y 33-34.
[65] "Acentuación del defensismo social" (positivismo, escuelas intermedias), "Del positivismo a una interpretación política del derecho penal (la dogmática, el regreso al desconocimiento del principio de legalidad, fascismo, nazismo, derecho soviético, la sociología crítica y lo que llama corrientes "políticas" en derecho penal), pp. 35-42.

cio, con el primer proyecto de codificación.[66] Pese a lo ambicioso que pueda sonar el espectro temático, el registro manualístico impone un tratamiento muy superficial, de tal suerte que todo el contenido descrito se agota en unas escasas 18 páginas, no muy diferente en este aspecto a lo que ofrecía el, por entonces omnipresente, Manual de Ricardo Núñez.

En años más recientes, un grupo de profesores de derecho penal de la Universidad Nacional de Córdoba, bajo la dirección del catedrático Carlos Lascano (h), publicó unas "Lecciones de Derecho Penal", procurando actualizar el contenido de la enseñanza no sólo en función de los cambios de legislación sino también de las nuevas perspectivas teóricas. Algunas referencias tópicas a la clásica meta-historia de la evolución penal aparecen en la primera Lección dedicada a los "conceptos fundamentales del derecho penal". Como lo hiciera Núñez con el tema de las "finalidades prácticas", Lascano remite a arquetipos históricos que fungen como categorías respecto a las "funciones del derecho penal" en tanto que éstas varían en función "del modelo de Estado" –según razonamiento compartido por casi toda la literatura que hemos venido analizando–.[67] A su vez, la lección III, titulada "Evolución histórica de las ideas penales", se abre con una advertencia muy similar a la de Creus respecto a los límites de una exposición orientada simplemente a "trazar las grandes direcciones en la evolución desde un derecho penal de carácter religioso a otro de carácter laico, desde uno de índole privada a otro público, desde la responsabilidad colectiva y objetiva hasta la admisión de una responsabilidad individual y subjetiva, y desde una punición basada en el arbitrio judicial ilimitado hasta un sistema de legalidad en la represión". Los contenidos referidos momentos pre-contemporáneos se agotan en cuatro páginas, siguiendo el esquema de Núñez (romano – germánico – canónico) para pasar a la "denominada Esculea Clásica y sus predecesores", donde todavía hay espacio para una breve alusión al derecho penal de la recepción y del absolutismo antes de abordar las reformas ilustradas, y la posterior secuencia de escuelas contemporáneas, hasta la actualidad. Los aspectos de historia de la legislación argentina se exponen en el último epígrafe de la siguiente Lección (Derecho penal y Constitucional), comenzando por el proyecto Tejedor.[68]

b) Nuevas expresiones, mismas dificultades: evolución y continuismo

No parece controvertido sostener que desde las obras fundacionales de la dogmática hasta los últimos manuales, las claves del esquema evolutivo se han mantenido, reduciéndose, en todo caso, el espacio destinado a las experiencias pre-contemporáneas, enunciadas en relatos cada

[66] Íd., p. 42-48.

[67] De esta forma se combinan el Estado teocrático con la función retributiva, la monarquía absoluta con la prevención general ilimitada, el Estado liberal clásico con los límites al poder meramente formales, el estado social con un modelo de defensa social y prevención especial y el estado social y democrático, que viene a significar un "Estado de derecho real, no formal" en el que la dignidad del individuo humano establece los límites propios de una concepción garantista de los derechos fundamentales, cfr. Lascano (Dir.), 2005, pp. 17-18.

[68] Íd., pp. 69-99 y 129-139.

vez más esquemáticos y acotados. Cabría exceptuar de esta descripción general a dos autores que, desde la década de los 80, tanto en el campo procesal como sustantivo penal, dedicaron un considerable espacio a temas históricos en obras de alto impacto en la enseñanza universitaria. Nos referimos, por un lado, a las obras de carácter expositivo general de Eugenio Zaffaroni y colaboradores, y a las de Julio Maier, particularmente su Derecho Procesal Penal.[69] Si ambos casos pueden equipararse en cuanto al empeño puesto en la exposición de aspectos históricos, divergen con respecto a la perspectiva meta-histórica que sostienen. Mientras Zaffaroni se hace eco de la discusión epistemológica que puso en crisis la pretensión de un avance lineal y progresivo, renunciando a "descubrir leyes" en el particular proceso histórico penal, Maier retoma buena parte del esquema clásico, siguiendo parcialmente los lineamientos trazados por Vélez Mariconde, para insistir en la correlación entre modelos procesales y regímenes políticos. Más allá de la señalada divergencia, resulta significativo que esa mayor dedicación a la historia en obras relativamente recientes y de actual vigencia en la academia, provenga de autores que, o bien han interpelado los alcances del saber jurídico penal ofrecido por la tradición dogmática (Zaffaroni et al.), o bien han buscado reflejar la lucha por la reforma del proceso penal (Maier).

Con el regreso a la democracia a mediados de los 80, se proyectó una reforma procesal penal para la justicia nacional. En ese contexto, Julio Maier, uno de los mentores intelectuales de la reforma, retomó parte de los argumentos usados medio siglo atrás por Vélez Mariconde con respecto al papel de la historia como criterio para evaluar la caducidad de las leyes procesales vigentes. No obstante algunas discrepancias derivadas de su mayor inclinación hacia el modelo acusatorio, su mayor compromiso con el juicio por jurados, su diversa valoración del carácter "público" del proceso penal (y la consecuente crítica hacia los momentos históricos identificados con el monopolio público de la persecución penal, otrora vistos como hitos evolutivos), también para Maier, la historia del proceso responde a un patrón meta-histórico que relaciona modelos de enjuiciamiento con formas de gobierno de tal suerte que el análisis histórico podía demostrar el desfasaje que se daba entre el procedimiento penal de la Nación y la forma republicana de gobierno. Su esfuerzo histórico estaba, como el de Vélez, destinado en buena medida a "verificar el atraso cultural que nos distinguía pese al esfuerzo de unos pocos por revertir la situación, que aún perdura parcialmente."[70] A tal fin, dedica un extenso segundo capítulo (después de un primer acápite de caracterización conceptual) a analizar la inserción del proceso penal en la historia política titulado "El derecho penal como fenómeno cultural".

Sin perjuicio de otras referencias históricas de carácter tópico que invoca para sustentar algunos aspectos teóricos (i.e., en el capítulo para justificar la función de "protección personal" del DPP)[71], en su capítulo histórico Maier despliega una narrativa que, a diferencia de Vélez, no busca rastrear el origen de elementos acusatorios e inquisitivos en la secuencia histórica de

[69] Zaffaroni, 1980; Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2002 y 2007; Maier, 1996.
[70] Maier, 1996, I, p. 261.
[71] Íd., p. 89.

las diversas épocas; en lugar de ello, advierte que no seguirá un orden estrictamente cronológico, sino un método orientado a presentar "los principales sistemas de realización penal que el hombre ha concebido conforme a sus necesidades políticas".[72] Acepta que la idea de encontrar una "evolución en el devenir histórico" ha sido objeto de críticas, no obstante asume que, como elemento común en la historia del proceso penal, se puede advertir la "continua búsqueda de limitaciones al poder penal ejercido arbitrariamente por el hombre individual, o por él como representante comunitario, a medida que ese arbitrio emergía como socialmente intolerable". Este rasgo valdría como hilo conductor tanto del derecho procesal penal como del derecho penal en la medida en que aquellas limitaciones "además de referirse al *por qué* y al *cuánto* de la reacción penal (Derecho penal), abarcan también el *cómo* de su realización efectiva (Derecho procesal penal y Derecho de la ejecución penal)".[73]

Bajo esas premisas, Maier analiza primero el "derecho germano", partiendo del derecho primitivo hasta el momento de "la recepción", como horizonte donde predominan los rasgos del modelo acusatorio (carácter privado de la acusación, oralidad, publicidad etc.). Luego introduce el sistema acusatorio popular que predominó en los derechos griegos y romanos, aunque no deja de hacer notar, en tono evolutivo, que el "derecho griego superó la concepción privada del delito"[74], al tiempo que también asume, citando a Vélez Mariconce, que en la cognitio extraordinaria romana - que sienta las bases del sistema que llegará "hasta nuestros días" - se encontraba "el germen de la Inquisición".[75] Justamente, el término Inquisición, le sirve para englobar toda la experiencia bajomedieval y moderna, en función de un sistema de enjuiciamiento propio de un momento político que se arraigó desde el siglo XIII y comenzó a decaer en el XVIII, dejando profundas huellas en el XIX.[76] Los rasgos institucionales que dan unidad a ese largo arco temporal son los que tradicionalmente se atribuyen a la experiencia procesal romano-canónica: monopolio de la jurisdicción real en detrimento de jurisdicciones señoriales y locales; la búsqueda de la verdad como finalidad y racionalización en las formas de prueba; exclusión del particular ofendido y oficialidad de la persecución; triunfo de la escritura e imposición del secreto; uso de la tortura para obtener la confesión; limitación en la valoración de la prueba (método de prueba legal) y recurso de apelación como devolución centralizadora.[77]

Tras esa caracterización general, Maier expone las particulares experiencias dominadas por modelo inquisitivo (España, Alemania, Francia, Italia, la América hispana) para pasar después a la "reforma del sistema inquisitivo", tomando la crítica ilustrada del siglo XVIII como punto de inflexión, para continuar con el derrotero reformista europeo hasta el siglo XX. Bajo epígrafe separado, analiza el caso argentino, desde la independencia hasta las codificaciones del siglo XX y el intento de reforma a nivel nacional, para cerrar con un resumen en el que se

[72] Íd., p. 263.
[73] Ibíd.
[74] Íd., p. 269.
[75] Íd., p. 286.
[76] Íd., p. 288.
[77] Íd., pp. 293-300.

retoman los elementos históricos a los fines de fundamentar el clásico esquema (acusatorio, inquisitivo, mixto) y resaltar, después, las novedades derivadas de la consolidación de los derechos humanos en el siglo XX, mostrando, una vez más, el cuadro de atraso de la legislación por entonces vigente en la mayoría de las provincias argentinas.[78] Junto a las más de doscientas páginas dedicadas a la "inserción" del proceso penal en la "historia política", Maier recurre a la historia en el abordaje de diversos aspectos teóricos, tanto en el primer capítulo, según vimos, como en el tratamiento de la relación entre el derecho procesal penal con el derecho constitucional y en el análisis de los principios políticos que informan (o deberían informar) el derecho procesal penal argentino.[79]

La relación entre el peso de la argumentación histórica y el espíritu crítico reformista aparece de un modo expreso, como ha quedado dicho, en la obra de Maier. Su propósito, sin embargo, le lleva a adoptar un modo dinámico que sitúa su narrativa en los términos evolutivos característicos de la historiografía jurídica tradicional, pese a las críticas que el propio autor admite en torno a ese modo de leer la historia. El producto resultante es un relato histórico que no sólo reproduce la visión liberal con su clásica interpretación teleológica del cambio histórico, sino que en algunos aspectos aparece tan forzado para responder a los modelos que, por ejemplo, un combate medieval y un debate contradictorio parecen presentarse como fenómenos equiparables o equivalentes.[80]

Quizás también las notables páginas históricas que dedican Zaffaroni, Alagia y Slokar en el más reciente *Manual de Derecho Penal – Parte General* (2005), guarden relación con el propósito renovador que ya se había anunciado con la publicación de su *Derecho Penal – Parte General* (2000), en cuyo prefacio Zaffaroni explicaba que se trataba de una obra totalmente nueva, destinada no sólo a reemplazar el "*Tratado*" de los años 80, sino también a profundizar en los lineamientos críticos marcados por su emblemático libro *En busca de las penas perdidas* (1989).[81] Debido al giro que representa la última versión del Manual, nos centraremos en él principalmente, en tanto que el abordaje histórico presenta escasas variantes con respecto a la Parte General de 2000. No obstante, antes de entrar en ese análisis, creemos que merece la pena señalar algunos aspectos relativos al tratamiento de los contenidos históricos que ofrecía Zaffaroni en su *Tratado de Derecho Penal* originalmente publicado en 1980.[82]

Como primer aspecto destacable del *Tratado*, cabe señalar que la historia se inserta bajo un marco de justificación epistemológica: esto es, a los fines de delimitar el objeto de la disciplina, con sendos capítulos en el primer título de la obra destinados a ofrecer un recorte de los

[78] Íd., pp. 334-468.
[79] Íd., pp. 811 y ss.
[80] Así, por ejemplo, entre las características del sistema acusatorio, extraídas del análisis de las experiencias históricas, se dice: "IV. El *procedimiento* consiste, en lo fundamental, en un *debate* (a veces un combate), *público, oral, continuo y contradictorio*…". Las cursivas son originales. Maier, 1996, I, p. 445.
[81] Zaffaroni, [1989,] 2003. Esta obra tuvo un singular impacto en el debate académico sobre el problema de la deslegitimación del saber dogmático penal, sin embargo, no ha tenido el mismo efecto en la enseñanza por cuya razón queda fuera de nuestro análisis, sin perjuicio de alguna referencia puntual que podamos hacer a sus páginas.
[82] Zaffaroni, [1980,] 1998.

sucesivos horizontes de proyección de la ciencia del derecho penal, uno de carácter general y otro relativo al caso argentino. En segundo lugar, como ya lo hemos referido, se impugna abiertamente la plausibilidad de las lecturas evolutivas, criticando la prevalencia tradicional, en el ámbito de los estudios de derecho penal, de las "filosofías de la historia penal" de carácter progresivo, con un explícito rechazo a la recurrente división basada en la secuencia "venganza privada, venganza pública, humanización y período actual…".[83] Por otra parte, se advierte sobre la necesidad de diferenciar entre una historia de la legislación penal y una historia de las ideas penales, requiriendo éstas, según el autor, un tratamiento más detenido que permita rastrear directrices vigentes a pesar de su origen remoto. Por último, merece destacarse el hecho de que el análisis histórico del horizonte antiguo no se limita a la tradición jurídica occidental, sino que remite escenarios tan diversos como China, India, Japón, Corea, Siam, Egipto, etc., entroncando desde esa perspectiva el estudio de experiencias más familiares como la judeocristiana, o más cercanas, como las tradiciones inca y azteca.[84] El momento greco-romano merece un tratamiento diferenciado desde que viene considerado como el "punto de secularización de la legislación penal". El relato aquí parece adoptar algunos rasgos de la lectura evolutiva que se ha rechazado al comienzo: "Con Grecia y Roma hacen su entrada la racionalidad de la reacción penal, es decir, que se mundaniza, se seculariza marcadamente la legislación penal". La noción de una racionalidad universal que se va alcanzando por etapas es una de las bases de aquella lectura evolutiva, que parece confirmarse incluso cuando se admite que en aquel momento no se trató de un "logro definitivo" o que hubo luego un "juego de marchas y contramarchas".[85] Más allá de las dudas que pueda suscitar la afirmación sobre la laicización del derecho penal romano de la época de las XII tablas, aparecen otros rasgos de aquella evolución, como la irrupción del delito público, identificándose así como progreso aquello que responde a patrones contemporáneos.[86] Tal identificación se profundiza con una retroproyección estatalista (el interés exclusivo del Estado como fundamento del derecho penal romano), continuando luego con una serie de referencias propias de las lecturas evolutivas, como la asignación del carácter "individualista" (al menos para los hombres libres) al derecho germánico, la mención del efecto atenuador del cristianismo, la idea de confusión para calificar la relación entre delito y pecado, o entre derecho y teología, en el derrotero del derecho canónico, o la calificación como "positivista" -aun "salvando las distancias"- asignada a la tarea desarrollada por los prácticos y los glosadores.[87] Pese a todo, la enjundiosa sección histórica del Tratado muestra una sensibilidad diferente a la que se puede

[83] Íd., I, p. 319.

[84] Íd., I, pp. 320-332. Sobre las dificultades casi insalvables que implica buscar un equivalente a la noción occidental de derecho en escenarios tan ajenos como la India, véase Srikantan, 2014.

[85] Zaffaroni, [1980], 1998, I, p. 333.

[86] Véase por ejemplo esta afirmación sobre la aparición de la noción de delito público en Roma: "Esta publicitación de delitos constituye un importante progreso, porque nos hallamos con tipos, penas y procesos regulados por ley, no obstante que aún se seguía complementando con la ***coercitio*** de los magistrados, los ***delicta privata*** y el castigo familiar.", Íd., p. 337.

[87] Para la caracterización del "Derecho penal medio y moderno", incluyendo referencias al derecho árabe y español, pp. 341-357.

percibir en obras contemporáneas de su mismo género, no sólo por su detallada extensión sino también por la profundidad de sus análisis.[88]

El cambio de perspectiva con respecto al propio objeto de la disciplina, adoptado por Zaffaroni junto a Alagia y Slokar, tanto en la nueva Parte General de 2000, como, con algunas variantes, en el nuevo Manual de 2005, ha tenido su repercusión en el modo de insertar e interpretar los contenidos históricos. Queda fuera del interés de este trabajo analizar los méritos del nuevo enfoque en el campo estrictamente penal. A los fines de nuestros propósitos, basta con señalar que, en el plano conceptual, la distinción entre derecho penal (entendido exclusivamente como saber jurídico) y poder punitivo (como coacción estatal ejercida por medio de un complejo de agencias ejecutivas), se erige en criterio central de la exposición de la materia, modificando la estructura teórica, la delimitación del objeto y, consecuentemente, el modo de enfocar los contenidos históricos. De hecho, la historia es invocada para solventar la posible objeción a la nueva conceptualización, introduciendo la necesidad de diferenciar entre "a) derecho penal histórico, como proceso de conocimiento del saber jurídico referido al poder punitivo, con sus diferentes y sucesivos horizontes y objetivos políticos (¿Qué fue el derecho penal de la inquisición, del estado absoluto, de la Revolución Francesa, etc.? y b) la *definición del derecho penal actual*, como su momento contemporáneo y su propuesta de futuro inmediato".[89]

El giro crítico en el campo doctrinal se traduce en una reubicación de los argumentos históricos que, más allá de los capítulos específicos, atraviesan diversas secciones del texto, dando sustento, en diferentes tópicos, a la propuesta de reconstrucción teórica. Por otra parte, la distinción entre una historia de la legislación y una historia del saber cobra una nueva y significativa relevancia, requiriendo un tratamiento separado. El primero de ellos se introduce al final de la Parte Primera - primera Sección (Horizonte y sistema del derecho penal), como capítulo 6, bajo el título "Dinámica histórica de la legislación penal". El contenido no se desarrolla según una secuencia cronológica convencional, sino que toma dos criterios modélicos para discernir, a partir de ellos, los rasgos presentes en diferentes contextos: "durante siglos hubo una lucha de modelos políticos de programación punitiva: a) uno era el modelo de partes con la víctima presente como persona; b) el otro era el modelo de confiscación de la víctima, en que el estado la sustituía y la degradaba a una cosa."[90] Los escenarios históricos se presentan así en función de la imposición de uno sobre otro, con avances y retrocesos, con un primer momento de consolidación del modelo confiscatorio durante el Imperio Romano (cuando todos los delitos "terminaron siendo perseguidos por el estado"). El modelo de partes, dejando de lado experiencias antiguas, se identifica con el horizonte "germano" (con su objetivismo, formas de composición, ordalías y combate característicos) que habría predominado en Europa hasta que, a partir de los siglos XII y XIII, comienza a cundir el modelo

[88] Para el reformismo del siglo XVIII y la codificación, pp. 357 ss. La histórica de los códigos contemporáneos, desde p. 385 y la Codificación en Argentina, tratada en capítulo VI, pp. 403 ss.
[89] Zaffaroni Alagia, Slokar, [2005] 2007, p. 26.
[90] Íd., p. 166.

de confiscación de la víctima ("la víctima desaparecía como persona") que se materializa en la instauración del procedimiento inquisitivo y en la consideración de todo infractor como enemigo del soberano. La pena, en este contexto, neutraliza al enemigo del soberano y disciplina por medio del terror. El modelo coincide con el origen de los "estados nacionales como sociedades jerarquizadas". El clásico tópico del reformismo, aparece aquí presentado como un movimiento destinado a proporcionar previsibilidad y disciplina a la sociedad que emerge de la revolución industrial. El humanismo se reduce a sustituir las penas aterradoras por otras de domesticación (fundamentalmente la prisión). Desde esta perspectiva se abordan las primeras reformas del despotismo ilustrado y los subsecuentes procesos de codificación hasta las reformas más recientes. [91]

Los contenidos históricos relativos al "pensamiento penal" ocupan toda la segunda sección de la primera parte (El pensamiento penal: pensar y no pensar en el derecho penal), estructurada en tres capítulos que se articulan en función de un distinción inspirada en Heidegger entre saberes pensantes (fundados en una ontología y una antropología) y no pensantes (que eluden las preguntas fundamentales o que responden groseramente a ellas). Asumiendo que estas formas determinan momentos de una historia no lineal ni progresiva, la exposición se organiza, como dijimos, en tres capítulos: uno dedicado a la "genealogía del pensamiento penal", que transita desde el bartolismo "no pensante" hasta el contractualismo penal (tanto en su versión despótica como liberal); otro dedicado a la "decadencia del pensamiento", que se enfoca en las experiencia de control y defensa social producto de la consolidación del poder de la clase industrial – clase que una vez alcanzado el poder abandona sus propuestas originarias de limitación punitiva –, llegando a su límite más bajo con "la racionalización del control policial racista" (epígrafe que permite conectar el utilitarismo de Bentham con el positivismo criminológico); y finalmente, un tercer capítulo que aborda el problema de la modernidad y el estado de derecho bajo el lema "El impulso pensante y sus obstáculos", que cifra como clave de la modernidad la coexistencia pacífica, partiendo de la referencia hegeliana a la utopía del estado racional como inicio del camino hacia el estado de derecho y clasificando el debate posterior como un enfrentamiento entre antihegelianos y hegelianos de izquierda y de derecha, para cerrar con el análisis del pensamiento posmoderno y una síntesis integradora que sustenta una propuesta de reconstrucción del pensamiento penal.[92]

La extensión y originalidad en la forma de presentar los contenidos históricos en esta obra se relaciona indudablemente con el fin reconstructivo del modo de comprender y enseñar el derecho penal, con el propósito expreso de ajustarlo a los requerimientos de la "complicada discusión contemporánea".[93] Como adelantamos, queda afuera de nuestro objetivo analizar los méritos teóricos de la propuesta. Nos interesa, en cambio, determinar cómo son presentados los elementos propios de la cultura pre-contemporánea y en qué medida hay, o no, una impronta de las lecturas tradicionales relativas a la historia del derecho penal. Por lo pronto,

[91] Íd., pp. 165-188.
[92] Íd., pp. 251-283.
[93] Íd., *Prefacio a la primera edición*.

es necesario señalar que a diferencia de lo que ha sido la doctrina prevaleciente, hay un manifiesto rechazo del clásico relato evolutivo y de la perspectiva de progreso lineal que, como ya lo hemos dicho, aparece caricaturizada como un "cuento bucólico". Correlativamente, hay una lectura, en principio, menos entusiasta del siglo XVIII, tanto en lo que hace a las razones del cambio como a las instituciones emergentes. El discurso de la ilustración es puesto en el contexto de la revolución industrial y de las necesidades de disciplinamiento del nuevo orden social, señalándose el claro discernimiento entre las tesis funcionales al despotismo ilustrado y las que darían fundamento al derecho penal liberal. Los iluministas liberales son presentados como aquellos que proporcionan las bases discursivas al ascenso de la burguesía industrial, representando, a la vez, un "momento de auténtico pensamiento en el saber penal"; momento fundacional del derecho penal liberal, no obstante haber dejado como lastre una teoría de la defensa social que permitió legitimar la pena sobre las mismas bases contractualistas.[94]

Nuevamente pareciera que el empeño en introducir contenidos históricos se relaciona con una propuesta que se presenta como un desafío a los consensos tradicionales. Incluso en el plano puramente histórico se parte de un rechazo expreso al clásico relato evolutivo. Sobre este último aspecto, no obstante, nos parece necesario hacer algunas consideraciones ulteriores. El rechazo expreso a las lecturas del progreso lineal se hace compatible, en la sistemática del Manual, con una posición sociológica conflictivista y con una idea del derecho como proceso histórico conflictivo.[95] Si esa compatibilidad no es *a priori* objetable, sí podrían plantearse algunas dudas con respecto a la consistencia de mantener ese posicionamiento, por un lado, y sostener, por otro, una noción acumulativa y progresiva del saber humano, junto con la idea de "regresiones" entendidas como "accidentes negativos" que pueden ser prevenidos mediante la indagación histórica. Lo mismo podría observarse con respecto a la admisión de una "progresión" en el derecho penal, en tanto rasgo inherente a todo saber, y con relación a la idea de un progreso jurídico vinculado al progreso social (por más que dicho progreso sea entendido en términos tendenciales hacia un estado de derecho ideal).[96] Ciertamente, puede alegarse que el rechazo a una historia lineal y progresiva no se refiere al saber penal sino al poder punitivo. Pero aun así quedarían abiertos los interrogantes que pueden derivarse de los mutuos condicionamientos entre poder y verdad, que los autores reconocen como rasgo característico de gran parte de los saberes.[97]

Estas tensiones parecen derivarse del hecho de que el rechazo a la clásica historia evolutiva del poder punitivo no parece implicar, para los autores, el rechazo a una determinada teleología vinculada con la matriz axiológica ilustrada que sustenta la propuesta reconstructiva del derecho penal liberal como saber.[98] No nos planteamos aquí objetar los valores de la matriz

---

[94] Íd., p. 219.
[95] Íd., p. 26 y pp. 280-281.
[96] Íd., p. 27; 97; 197.
[97] Íd., p. 29. Véase también Zaffaroni, [1989] 2003, p. 67.
[98] "De este modo no es necesario acudir a ninguna teoría positiva de la pena ni del poder punitivo para obtener en el derecho penal elementos pautadores propios del derecho penal liberal, que profundicen la

liberal ilustrada, sino observar cómo condiciona la narrativa histórica, desde que, aun habiéndose reconocido su diversa potencialidad despótica, disciplinante o legitimante del estado de policía, estos aspectos parecen escindirse del fenómeno histórico, algo que termina por ocultar el carácter disruptivo y fundacional de ese particular momento histórico. Esa escisión se produce cuando se acude a la poco plausible tesis de que los fundadores del liberalismo habrían caído en una "trampa política" al no percibir que "cualquier legitimación parcial del poder punitivo es engañosa, porque siempre argumenta de modo reversible (se vuelve en contra)." De la narrativa histórica se pasa entonces, inadvertidamente (al menos para el lector), al plano axiológico conceptual, para sostenerse que el "derecho penal liberal y el autoritario constituyen dos direcciones discursivas incompatibles", uno orientado a reducir y contener el poder punitivo y el otro a aumentarlo.[99]

La matriz liberal ilustrada conlleva una noción atemporal de racionalidad humana que, no obstante aparecer contextualizada en algún pasaje, opera como presupuesto ontológico en diversos tópicos, y determina la base de la "opción antropológica" (un concepto de lo humano) que no es tematizada históricamente.[100] Esta perspectiva sitúa al relato histórico en un plano de continuidad que condiciona la forma en que se presentan los elementos sobresalientes de la experiencia pasada y que permite evaluarlos y calificarlos como "pensantes y no pensantes". La historia así presentada se pre-ordena en función de la propuesta teórico-valorativa. Seguimos entonces en el plano de una "historia en el derecho", con los mismos problemas de retroproyección, sólo que, en este caso, la tesis conflictivista evita una legitimación del presente en términos del clásico uso dinámico. Si bien se incurre en la naturalización inherente a toda retroproyección, con la consecuente reproducción de muchos lugares comunes de la historia evolutiva, la redefinición del objeto historiado (presentado, parcialmente, como un poder punitivo que opera con identidad transtemporal) evita el efecto de legitimación propio del uso dinámico y de la idea de progreso. Éste ya no es fruto de un proceso diacrónico, sino que se manifiesta en la tensión entre antinomias valorativas (saberes pensantes y no pensantes; estado de policía vs. estado de derecho; estado real - estado ideal) que atraviesan todos los tiempos y escenarios, condicionando a la vez, la sensibilidad con respecto a aquello que se está dispuesto a observar en las experiencias pasadas. De ahí que, pese a todas sus diferencias, las referencias al período pre-contemporáneo no varíen demasiado con respecto a las clásicas imágenes transmitidas por los relatos evolutivos.

Si bien se evita expresamente caer en la lectura ingenua del progreso lineal, se revisten criterios teóricos valorativos bajo el aspecto de enunciados históricos y, sobre todo, se diluye la trascendencia disruptiva y fundacional de la modernidad. Estas dificultades concurren,

---

tradición iluminista y revolucionaria (racionalista) de la segunda mitad del siglo XVIII y primera del XIX, que fue la del estado moderno, sobre cuya base se elaboró la Constitución y se desarrolló posteriormente todo el derecho internacional de los derechos humanos", Zaffaroni, Alagia, Slokar, [2005] 2007, p. 61.

[99] Íd., p. 61-62.

[100] Una racionalidad matizada por el contexto burgués, se menciona en p. 39, pero luego se asume el sujeto autónomo capaz de tomar decisiones, p. 50, se califica como hecho "no racional" a la pena, p. 58. Sobre la opción antropológica adoptada, Íd., p. 280-281.

por ejemplo, cuando se presenta el decurso histórico como una lucha entre dos modelos ideales de estado: un "estado de policía", definido como autoritario o totalitario, que habría predominado "históricamente", y un "estado de derecho", producto de la modernidad, cuyo signo de identidad es el sometimiento por igual de todos ante la ley. Aunque se reconozca el carácter modélico de la tensión y se advierta que la lucha es continua, incluso dentro de las democracias actuales, el pasado queda inevitablemente ligado a un modo predominante y a un juicio valorativo que deriva de conexiones de sentido estrictamente contemporáneas. En consecuencia, se ocluye así el carácter exquisitamente contemporáneo de la mayoría de las agencias que los autores vinculan al sistema penal en su propuesta de reconstrucción teórica.[101] No es extraño entonces que nos encontremos también aquí con el clásico expediente del uso ejemplarizante del pasado:

> "Cualquiera puede imaginarse que si no existieran jueces, tribunales, fiscales, defensores y una doctrina orientadora, las restantes agencias del sistema penal no sólo cometerían los crímenes que hoy cometen, sino que volverían a cometer todos los que practicaron desde que en el siglo XII el poder punitivo se instaló definitivamente"[102].

El uso ejemplarizante opera con una lógica similar a la del relato evolutivo: nos alerta sobre los peligros de un regreso a estadios superados. Desde este punto de vista, la versión que analizamos, sin perjuicio de su actitud crítica hacia el devenir contemporáneo, termina así tocándose con la función que la doctrina penal prevaleciente le ha asignado a la historia en sus exposiciones de parte general del derecho penal. Las consecuencias pragmáticas se asimilan en la medida en que esta forma de situar la historia en el derecho, de ordenar el pasado en función del presente, conduce a una suerte de repetición parenética de lugares comunes acuñados por la crítica ilustrada del XVIII o por la empresa legitimante de las ciencias históricas y jurídicas del XIX. No deja de ser llamativo el hecho de que la doctrina penal se haya mostrado más permeable a la crítica sociológica que a las revisiones sobre los presupuestos históricos ofrecidas por parte de la historia, en general, y de la historia crítica del derecho, en particular. ¿De qué manera han sido revisados los grandes presupuestos historiográficos que sostenían, y aun sostienen, aquella una imagen ejemplarizante del pasado penal?

---

101 Íd., p. 21, y pp. 9-10 donde se afirma: "El sistema penal es el conjunto de agencias que coinciden en la *cuestión criminal*". De esas agencias, algunas son "exclusivamente penales (policía, servicio penitenciario, tribunales penales, órganos políticos de interior, seguridad, inteligencia, etc.)", "otras participan del poder punitivo pero sus funciones son más amplias como: las agencias políticas (ejecutivos, legislativos); las agencias de reproducción ideológica (universidades, facultades, academias); las cooperaciones internacionales (agencias de países acreedores que financias programas en países deudores); los organismos internacionales… y por su puesto el gran aparato de propaganda". Puestas en perspectiva histórica, salvo las universidades y academias, y acaso los tribunales penales, todas las demás, en tanto que agencias con capacidad de incidir en un sistema penal, son creaturas de la modernidad.

102 Íd., p. 5.

IV. El derecho en la historia: la alteridad del pasado

Los estudios históricos que han abordado la experiencia jurídica pre-liberal procurando evitar los sesgos derivados de la retroproyección de nuestros esquemas conceptuales y de nuestras matrices axiológicas, ofrecen algunas claves de interpretación que permiten revisar muchos de los tópicos característicos de la justicia de antiguo régimen. Para ello, como adelantamos, la historia crítica del derecho se ha nutrido de los puntos de vistas ofrecidos por la historia conceptual, asumiendo la necesidad de reconstruir el lenguaje pre-moderno, rompiendo la "familiaridad dogmática" que había permitido a los juristas dialogar con las fuentes del pasado bajo una apariencia de continuidad.[103] Rechazando la noción de una historia dinamizada por tendencias u orientaciones predeterminadas, la historia crítica enfatiza la ruptura producida en el nivel del lenguaje político institucional, destacando la conformación de horizontes de sentido discontinuos, inconmensurables.[104]

Desde este punto de vista, la emergencia de una nueva cultura jurídica vinculada a las condiciones estructurales e ideológicas de la modernidad, se plasmó en una serie desplazamientos semánticos que conllevaron la asignación de nuevos significados a viejos significantes. Al cabo de la llamada "era de la revolución", numerosos conceptos esenciales para nuestra comprensión de un orden institucional, tales como derecho, ley, persona, justicia, público, privado, estado, etc. mutaron por completo su sentido, reflejándose así el profundo cambio de valores y expectativas de lo que se asumió entonces como un nuevo orden social. El proceso de transformación también implicó el surgimiento y consolidación de nuevos significantes (i.e. legislación) y el abandono, o exclusión del campo político, de otros términos que remitían a conexiones de sentido que perdieron relevancia en el lenguaje jurídico (i.e. obligación antidoral.)[105] No se trató de un mero cambio de palabras para cosas que ya existían. La historia crítica del derecho, siguiendo también en esto a la historia conceptual, toma en consideración el carácter constitutivo de ciertos significantes que jugaron un papel clave en el proceso de emergencia de la modernidad, tratándose de términos fundamentales en los que resulta difícil delimitar el significado sin considerar el peso del significante.[106] No se trataba, vale la pena insistir en esto, de nuevas designaciones para viejos fenómenos, sino de una nueva construcción de la realidad a través de un nuevo lenguaje.

Si asumimos este punto de vista, con todas sus consecuencias, debemos comenzar por reconocer que antes de la era de las revoluciones no hay un „derecho penal", ni como sistema de normas ni como saber específico. No es pensable un sistema de normas penales como objeto separado de las instituciones jurisdiccionales, de las normas procesales, del lenguaje de las virtudes que rigen el comportamiento esperado de las partes y de los jueces.[107] Hay „leyes penales", hay „justicia criminal", hay penas, legales, arbitrarias o extraordinarias, hay delitos

[103] Hespanha, 2002, p. 30 ss.
[104] Rüsen, 2012, p. 54.
[105] Sobre "legislación", Agüero, 2010 b; sobre "obligación antidoral", Clavero, 1991.
[106] Koselleck, 1993, 115 ss.
[107] Centrada en la experiencia escocesa, similares reflexiones en Farmer, 1997, p. 31.

y pecados, pecados públicos, fuero interno, penitencial, fuero externo, etc., pero no hay un "sistema" constituido en torno a leyes positivas que deban ser necesariamente aplicadas por jueces sometidos a dichas normas. Hasta finales del siglo XVIII el concepto abstracto de legislación no tiene la relevancia que adquirirá por entonces.[108] No es lo mismo una colección de leyes que un sistema de legislación, como no es lo mismo un horizonte cultural de carácter jurisdiccional que uno de tipo legal; ya nos hemos referido a esta distinción y a lo tardía que es la consideración del derecho *sub specie legis*. La función esperada de los jueces antes de las revoluciones liberales no era aplicar leyes, sino hacer justicia y, en este sentido, el rango de consideraciones que podían invocar era potencialmente infinito: desde el cielo de los principios trascendentes y los textos bíblicos, hasta el terreno del caso y sus condicionamientos fácticos y contextuales. No tomar en cuenta estos indicadores básicos de alteridad, ha llevado a seguir la pista de las leyes, descuidado el contexto cultural, el marco institucional y el horizonte de sentido en que dichos textos fueron producidos y utilizados.

A poco que se comienza a poner el derecho en la historia, se desdibuja la imagen clásica de la justicia penal de Antiguo Régimen, que en las obras que hemos analizado se identifica con el momento de la Inquisición, o con el Derecho Penal de la Monarquía Absoluta.[109] No se trata de negar el desarrollo del procedimiento inquisitivo, con todas sus crueldades conocidas, sino más bien de contextualizarlo para advertir cómo su imagen tradicional privilegia unos determinados aspectos, al tiempo que nos oculta otros que, quizás, eran tan importantes como los primeros para la silenciosa gestión cotidiana del viejo orden social. Si bien, desde mediados de los 70 del siglo XX Foucault tematizó, entre otras cuestiones relativas al campo de la justicia, la vocación de disciplinamiento masivo y vigilancia constante que entrañaba el reformismo ilustrado, poniendo de relieve la cara que yacía oculta bajo su pretendido proyecto de humanización del castigo, sus conclusiones se vieron escasamente reflejadas en las obras de enseñanza del derecho penal. En todo caso, para lo que aquí interesa, parece claro que dichas conclusiones estimularon más una línea de crítica sociológica a la modernidad que una revisión de la imagen de la justicia del antiguo régimen, retratada en toda su ferocidad a través de la minuciosa descripción de la ejecución de Damiens que abre las primeras páginas de Vigilar y Castigar.[110]

En el campo de la historia crítica del derecho, la asunción de un punto de vista no continuista y de una perspectiva antropológica sensible a alteridad de un horizonte cultural ajeno, sirvió para abrir el campo de observación y procurar una comprensión de la experiencia jurídica pasada a partir de su propio sentido local, comenzando así por reconocer las improntas derivadas de una ontología social corporativa, de la heteronomía religiosa del orden normativo, y de las perdurables estructuras económico-sociales de la "civilización feudal".[111] A la luz de esta contextualización, la indagación sobre la justicia criminal exige mirar más allá de los

[108] Agüero, 2010 b.
[109] Tomás y Valiente, 1969.
[110] Foucault, 1979, pp. 3 ss.
[111] Baschet, 2006.

clásicos repertorios de leyes. No se trata de negar, como decíamos, que desde el siglo XII se desarrolló por toda Europa el procedimiento inquisitivo, se abolieron los juicios de dios, se publicaron leyes que, en nombre del soberano, autorizaban la persecución de oficio, regulaban el uso de la tortura y conminaban con fruición penas aflictivas y capitales. Se trata de ver cómo estos elementos y esas leyes se integraban en un universo cultural más amplio, cargado de otros principios, otras normas y otras prácticas, sin cuya consideración nuestra descripción se convierte una inverosímil caricatura de aquello que pretendemos estudiar.

Acotando nuestra reflexión al denominado momento Inquisitivo, y tomando como universo de análisis la tradición jurídica de la Monarquía hispana, señalaremos algunos factores que denotan las inconsistencias más ostensibles de las descripciones modélicas utilizadas en las narrativas histórico penales o que limitan la imagen que éstas ofrecen a aspectos más simbólicos que efectivos.

a) Comencemos por observar que la relación que se presupone entre el poder del soberano y la determinación del derecho, enfatiza un aspecto que es característico del momento de crisis del Antiguo Régimen, en tanto predetermina la vinculación típicamente moderna entre legislación y voluntad. Si se atiende, en cambio, a la forma en que el derecho era pensado, transmitido y practicado durante el desarrollo de la experiencia del Ius Commune, se verá que aquello que pudiera merecer el nombre de derecho aparecía más bien concebido como un campo de saber que de expresión de voluntad, de tal suerte que el papel del poder soberano en su determinación quedaba estrechamente condicionado por un universo textual y una tradición de saber no fácilmente controlables por actos de voluntad. Las leyes penales habitualmente citadas por los juristas cuando se refieren a este período, no sólo ocupaban en ese universo textual un lugar subsidiario con relación a otros campos disciplinantes ajenos al control soberano (i.e., la religión, la doctrina teológica y jurídica, la literatura moral), sino que, además, debían articularse con toda una trama de normas locales, estatutarias, forales, consuetudinarias, así como con una extensa serie de privilegios, dispensas y suplicaciones, que la propia tradición jurídica convalidaba y protegía frente a las posibles manifestaciones voluntaristas del soberano.

b) En virtud de lo anterior, es difícil sostener la imagen de los jueces de antiguo régimen como "funcionarios" destinados a ejecutar la voluntad del rey, así como mantener la pretensión de ver en la vieja estructura jurisdiccional un esquema de poder centralizado. Por un lado, por lo tardía que es la identificación del derecho con la voluntad del rey, se mantuvieron activos casi hasta el final del antiguo régimen los argumentos que autorizaban a desobedecer una ley injusta. Por el otro, porque la afirmación de que el príncipe era fuente y origen de toda jurisdicción funcionaba como un criterio de unidad simbólico que no implicaba negar la natural fragmentación de la sociedad corporativa, garantizada por la estrecha vinculación que la doctrina establecía entre justicia, gobierno y representación de las corporaciones. Toda una serie de dispositivos culturales operaban para que la inmensa mayoría de conflictos fuesen gestionados en primera instancia (y en algunas regiones en apelación) por elites estrecha-

mente vinculadas a las comunidades locales.[112] No deja de ser significativo, por ejemplo, la escasa relevancia que se da en la imagen tradicional a la justicia capitular y a la figura de los alcaldes ordinarios, jueces honorarios, normalmente legos en derecho, elegidos anualmente entre sus pares del cabildo, que gestionaban el grueso de la jurisdicción criminal ordinaria. Como ha sugerido Charles Cutter, la historia construida en torno al modo de proceder de las Reales Audiencia ha invertido la imagen, poniendo en el centro aquello que era excepcional.[113] Una lectura más atenta estos rasgos, puede ofrecer una base más coherente para comprender los desarrollos decimonónicos en el caso de las experiencias latinoamericanas.

c) Si analizamos los patrones normativos que incidían en la actividad cotidiana de la justicia criminal, advertimos que la narrativa tradicional ha excluido todas las referencias discursivas que vinculaban el ejercicio de la justicia criminal con otras virtudes como la caridad, el amor o la indulgencia. El amplio campo de discreción judicial que, como bien se sabe, fue uno de los blancos recurrentes de la crítica ilustrada, hacía posible la introducción de toda una serie de argumentos vinculados con aquellas virtudes que, en una proporción significativa de los casos, autorizaban a suspender la causa, o moderar la respuesta punitiva. Estas manifestaciones de clemencia no eran, como podría pensarse, un correctivo ocasional o una desviación práctica con respecto a los patrones del modelo inquisitivo. Por el contrario, todas ellas encontraban su fundamento normativo en numerosos tópicos de la literatura jurídica que imponían a los jueces el deber de actuar compasivamente, de moderar la justicia con la piedad, procurando reproducir en cualquier escala del ejercicio del poder la imagen de un rey (y de un Dios) que era, a la vez, justiciero y misericordioso.

La indisoluble vinculación entre piedad y justicia, entre conmiseración y castigo, constituía un principio rector para el ejercicio de la jurisdicción criminal, orientado a sostener los vínculos de lealtad a través del amor bajo la convicción de que era mejor el juez amado por su clemencia que el temido por su crueldad.[114] Todavía a mediados del siglo XVIII, los manuales enseñaban a los jueces que el rigor de las leyes no debía seguirse necesariamente, porque muchas veces las mismas sólo cumplían una función *ad terrorem*, y que, habiendo causa justa, las penas siempre podían y debían minorarse.[115] Del mismo modo, recordaban también que la jurisdicción criminal estaba regida por un tipo de justicia, la *justicia vindicativa*, que debía entenderse hermanada con la "misericordia"[116] A esta dimensión normativa obedecían también los frecuentes perdones reales, concedidos de forma generales o particulares, y el valor asignado al perdón de la parte ofendida. Eran las lógicas propias de una monarquía pa-

---

112 Tau Anzoátegui – Agüero, 2013.

113 Cutter, 1995, p. 6.

114 Hespanha, 1993. Según un célebre jurista castellano del siglo XVI, el juez debía hacerse amar por su súbditos para que éstos se mostrasen obedientes, "porque ninguno ama à otro, que no tema de le enojar", Castillo de Bovadilla, 1978, II, III, n.6, cit. en Agüero, 2004.

115 Santayana Bustillo, 1742, cit. en Agüero, 2004.

116 "Y es de notar, que la Justicia vindicativa… no se opone ni contradice á la virtud moral de la misericordia; porque aunque en algun modo parecen contrarias, están no obstante tan unidas como hermanas…", Guardiola y Sáez, 1785, 9, cit. en Agüero 2004.

ternalista, de fundamento religioso y corporativo, que regulaban el uso de la pena mediante un delicado equilibrio entre justicia y piedad, temor y amor, rigor y clemencia. No parece, por lo demás, que esta forma de gobernar la justicia criminal fuera patrimonio exclusivo del mundo católico.[117]

d) Igualmente ignorados por la narrativa tradicional, otros principios propios de una sociedad corporativa regían una particular "economía del castigo" que en absoluto respondía a la imagen de retribución absoluta individual. Así, por ejemplo, se consideraba un motivo válido para eximir de la pena capital a aquellos que poseyeran un oficio o saber indispensable para la comunidad, así como se aconsejaba moderar o remitir la pena, en pura lógica feudal, a quien hubiese hecho un gran servicio a "la república". Incluso por razones de "prudencia y bien común" se consideraba razonable que en el caso de un delito cometido por muchos, era suficiente con castigar a unos pocos, bastando con que el temor llegara a los demás. La misma lógica que sustentaba esa forma de usar el prudente arbitrio de los jueces, se encontraba también en el tratamiento que los teólogos hacían del "disimulo", entendiendo que a través de una ponderación casuística, se podía dejar de castigar un pecado para evitar un mal mayor a la comunidad (como cuando del castigo se derivase un grave escándalo público). Los juristas hacían suya esta doctrina para sostener que en casos leves, en los que no había riesgos de causar mal ejemplo ni se añadía ofensa a la víctima, se podía disimular el castigo.[118]

e) La reparación de la ofensa a la víctima, así como el perdón de ésta, conservaron, hasta finales del antiguo régimen, una operatividad con respecto a la moderación de la respuesta penal que también ha sido ignorada, de la misma forma que se ha ignorado la relevancia concedida a las "concordias", o "acuerdos de paz" entre las partes, que siguieron siendo eficaces para suspender un proceso o mitigar la pena. Este tipo de soluciones parecían predominar en los conflictos caracterizados por una relativa igualdad social entre las partes, y respondían a la operatividad social del principio cristiano según el cual "los pactos vecen a las leyes y el amor a los juicios". Este tipo de principios, así como el deber de actuar compasivamente, vinculaban por igual a partes y magistrados, e integraban plenamente el campo textual que orientaba su comportamiento en el escenario forense. La doctrina más difundida insistía en que los jueces debían "amigar" a las partes y evitar los procesos, *por lo mucho que Dios se sirve, y conviene a la republica que se quiten y abrevien los pleytos, pues el fin de la justicia es la paz*".[119] Eran intuiciones jurídicas todavía muy sólidas en el horizonte del Ius Commune tardío, es decir, el momento pleno de la Inquisición. Un jurista italiano muy representativo de ese momento, como Julio Claro, reconocía, en términos semejantes, que por costumbre general de Italia "*licitum est facere pacem pro quocunque crimine*".[120]

f) La alteridad. Ciertamente, no era esta una justicia pensada para una democracia ni para una sociedad integrada por ciudadanos iguales. Al poner de relieve los aspectos que no enca-

---

117 También la justicia inglesa, al menos hasta el siglo XVIII, parece haber operado en función de esa prudente oscilación entre castigo y perdón, véase Hay, 1975. Para épocas medievales, Clanchy, 1983.

118 Agüero, 2004, donde pueden verse referencias bibliográficas para la noción de "disimulo".

119 Castillo de Bobadilla, 1978, III, XV, n. 87, en Agüero, 2004.

120 Birocchi, 2007, 191.

jan en los rasgos generales del esquema inquisitivo, no pretendemos justificar la vieja justicia ni compararla con el que sería un sistema ideal, de acuerdo con nuestros actuales valores. Se trata, simplemente, de reflejar a través de una imagen menos grotesca, la alteridad del viejo orden social, para poner en contexto la dimensión de la ruptura implicada por el proyecto jurídico liberal. En el caso hispano, un factor de profunda alteridad venía dado por el hecho de que las leyes positivas, en general, y las penales en particular, se integran en un lugar dispensable dentro de un gran intertexto formado por la religión y la literatura moral. No es que se confundiera el derecho con la religión, es que no se concebía el primero fuera de la segunda, ni tan siquiera se pretendían que fuesen operativas para la argumentación forense las fronteras que separaban, en el plano teórico, un campo y otro.[121] Los juristas españoles eran bien conscientes de la función prioritaria de la religión en la conservación del orden social. Convencido de ello, Dou y Bassols escribía, en 1800, que no eran necesarias penas crueles donde regía una religión como la católica, que hacía a los hombres dóciles y obedientes.[122] Es indudable que, sostenida bajo estas formas de hegemonía cultural, los vínculos amorosos inspirados por la religión venían a cumplir un papel esencial para mantener los lazos de obediencia de un orden que no era posible mantener bajo el único expediente del uso de la coacción formalizada. Esta determinación cultural debe considerarse cuando se habla de eficacia de la justicia de antiguo régimen.

El orden político estaba tan identificado con esas matrices derivadas de la constitución religiosa, que la religión católica aparecía como principal objeto de protección del derecho, no sólo en obras de juristas más bien conservadores como Dou, sino también en textos usualmente catalogados como pertenecientes al reformismo liberal. Una lectura detenida del célebre *Discurso sobre las penas* de Lardizábal y Uribe (1782), el Beccaria español, como se le suele llamar a pesar de sus constantes discrepancias con el autor milanés, nos muestra hasta qué punto la religión y el derecho medieval castellano ocupaban un lugar central en la interpretación de las nuevas filosofías de la época. Al igual que Dou, Lardizábal tenía un concepto positivo del derecho histórico español, al que consideraba más humano que otros regímenes europeos. Su propuesta de reforma, se mostraba así, más orientada a ajustar los dictados de la propia tradición que a imponer un proyecto semejante al que predicaba el racionalismo liberal. Sus discrepancias con Beccaria se evidencian, precisamente, en un punto crucial: para Lardizábal era impensable la idea de una legalidad inexorable seguida al pie de la letra, capaz de neutralizar la función mediadora de los jueces y eliminar toda posibilidad de clemencia, dejando la indulgencia en manos del legislador, como reclamaba el Marqués de Beccaria.[123] Consecuentemente, Lardizábal no compartía la idea que fuese "peligroso", como decía Beccaria, acudir al "espíritu de las leyes", puesto que, si no se lo confundía con un arbitrio voluntario de los jueces, era inevitable para una adecuada interpretación. Más aún, por mucho que formalmente se expresara conforme con el principio de legalidad, no dejaba de considerar

[121] Clavero, 1990; Agüero, 2009.
[122] Dou y de Bassols, 1800, III, p. 37.
[123] Beccaria, cap. 46, p. 111 ss.

necesaria la analogía, así como el valor de la "*ratio legis*" para justificar un castigo. Del mismo modo, hacía suya toda aquella "economía del castigo" que relativizaba la pena en función de criterios transpersonales confiados a la prudencia de los jueces, según ya hemos referido.[124]

Así como las narrativas tradicionales no toman en cuenta todos los fragmentos de la historia que no se ajustan al modelo inquisitivo, del mismo modo el contrapunto entre Beccaria y Lardizábal suele quedar oculto en páginas que los sitúan, por lo general, en mismo lado del cuadro ideológico. Ambos autores, por más que fueran coetáneos, vivían temporalidades jurídicas diferentes. Lardizábal simpatizaba más con un modelo de definición casuista, porque además de confiar en su derecho histórico, no estaba dispuesto a impugnar ni el fundamento religioso ni la complejidad subjetiva de su mundo social forjado por la tradición. El proyecto jurídico liberal exigía reducir esa complejidad mediante la abstracción codificadora para hacer posible la tan buscada simplificación legislativa, presupuesto indispensable, a su vez, para un ideal de legalidad penal moderada pero "inexorable".[125] La desconfianza a esos "pequeños tiranos" de los jueces, como los llama Beccaria, contrastaba con la confianza en un legislador racional y moderado. Se trata de dos visiones del mundo diferentes, que implicaban una serie de divergencias insalvables: religión, tradición, complejidad y jerarquías sociales, casuismo y confianza en la prudencia de los jueces, por un lado, vs. contrato social, racionalidad, sujeto único de derecho, legalidad, confianza en el legislador y juez sometido a la letra de la ley, por el otro.[126] Detrás de estas divergencias subyacen ideas diferentes sobre el origen la sociedad, la naturaleza del ser humano, del derecho y de la justicia. Tal vez, desde el punto de vista simbólico, la forma más gráfica de expresar esa divergencia fuera la que, en palabras de Beccaria, enfrentaba a "una sociedad de familias" vs. una "sociedad de hombres".[127]

g) Lo que se oculta entonces, detrás de aquellas partes no contadas de la historia, además de la profunda alteridad cultural del pasado, es el carácter completamente disruptivo y fundacional del liberalismo. Fundacional de los elementos que generaron nuevas tensiones, a la luz de las cuales el pasado comenzó a ser sometido al juicio de una nueva historia. Fundacional, incluso, de manera simultánea, del individuo como sujeto de derecho y de la legalidad racional individualista que hace posible a aquél, del ciudadano y del Estado nacional que, en nombre de la soberanía de todos los individuos, expropia, ahora sí de modo definitivo, el conflicto, eliminando la relevancia del perdón, junto con la capacidad mediadora de los jueces. Recordemos una vez más a Beccaria para ilustrar este punto:

---

124 Lardizábal: "Si uno, por exemplo, hubiese hecho grandes servicios á la república, y cometiese algun delito, podrian ser tan señalados estos servicios, que por ellos se le remitiese ó moderase justamente la pena. Si el número de delinqüentes fuese muy grande, todos deberían ser castigados indistintamente; pero la prudencia y el bien común, piden que en semejantes casos el castigo se verifique en pocos, y el miedo llegue á todos", Lardizábal, 1782, p. 151.

125 Sobre el carácter "inexorable" de la legalidad penal, Beccaria, cap. 27, pp. 71-73. Sobre esa simplificación del orden social como presupuesto para una simplificación de las leyes, Tarello, 1995, pp. 39-53; Caroni, 2013, pp. 43-56.

126 Un balance reciente en Agüero-Lorente, 2015.

127 Beccaria, cap. 26, pp. 69-71.

> "Algunos libertan de la pena de un leve delito cuando la parte ofendida lo perdona, acto conforme a la beneficencia y a la humanidad pero contrario al bien público: como si un ciudadano particular pudiese igualmente quitar con su remisión la necesidad del ejemplo, como puede perdonar el resarcimiento de la ofensa. El derecho de hacer castigar no es de uno solo sino de todos los ciudadanos, o del Soberano; y así el ofendido podrá renunciar su porción de derecho, pero no anular la de los otros".[128]

No parece que Beccaria estuviera haciendo alusión a doctrinas remotas y desusadas. El fragmento citado parece confirmar todo aquel mundo de prácticas al que hemos aludido y que entraban en abierta contradicción con el proyecto de legalidad inexorable. Todavía parece confirmar la vigencia de aquella alternancia de rigor e indulgencia, cuando propone excluir la "clemencia" de cualquier legislación y expresa el carácter "funesto" del perdón en una nación ideal. A raíz de ello, comenta Beccaria: "Parecerá esta verdad dura a los que viven en el desórden del sistema criminal, en que los perdones y las gracias son necesarias a proporción de lo absurdo de las leyes, y de la atrocidad de las sentencias."[129]

Las leyes antiguas comenzaron a ser vistas, efectivamente, como absurdas cuando se las empezó a mirar como expresiones de voluntad soberana que debían ser ciegamente obedecidas por efecto del propio discurso reformista.[130] Como hemos dicho antes, para un jurista español de mediados del XVIII estaba claro que las leyes muchas veces tenían un mero efecto *ad terrorem*, y que no debían aplicarse cuando fueran notoriamente desproporcionadas.[131] Algo similar ocurrió con el sistema de pruebas legales. Desde el siglo XVI ese sistema había sido modificado por vía del arbitrio judicial, mediante un razonamiento que autorizaba a los jueces a imponer penas menores cuando no se alcanzaban los requisitos de la plena prueba. Para algunos autores, este cambio en las prácticas tornó innecesaria la tortura, porque los jueces pudieron condenar por simples indicios a penas menores. Esto habría hecho, entre otras cosas, que la tortura fuera casi una rareza en la mayoría de los tribunales hacia mediados del siglo XVIII. No obstante, el sistema de pruebas legales seguía formalmente vigente porque se veía en él una garantía esencial, no para el imputado, sino más bien para el alma y patrimonio del juez, puesto que se consideraba que si dañaba injustificadamente al reo incurría en pecado mortal, además de ser personalmente responsable por su decisión.[132] Cuando las leyes comenzaron a leerse bajo los nuevos esquemas culturales, el sistema de prueba legal se convirtió en un ridículo obstáculo – una restricción a veces "hiriente e irrisoria" como lo calificó Vélez Mariconde- para el funcionamiento un sistema de legalidad inexorable.[133] El horizonte de sentido que había generado aquel sistema probatorio había desaparecido, convirtiéndolo en un objeto obsoleto y ridículo. No obstante, es posible que su derogación y

---

128 Beccaria, cap. 29, p. 136.
129 Beccaria, cap. 46, p. 111.
130 Sobre este argumento, Hespanha, 1993, pp. 203 ss.
131 Santayana, 1742, en Agüero 2013.
132 Agüero, 2010 c.
133 Así lo presentaba todavía Vélez Mariconde: "Recuerdo muchos casos de absoluciones motivadas por la existencia de un solo testigo de cargo, aunque éste demostraba sin duda la culpabilidad del acusado. La restricción legal fue hiriente e irrisoria en un caso que nunca puedo olvidar…", [1956; 1969] 1982, I, p. 360, nota 44. Maier considera que el problema se la imposibilidad de declarar la certeza de una hipótesis fáctica, no refiriéndose a la imposibilidad del castigo, Maier, 1996, I, p. 873.

la consecuente admisión legal de la condena sobre la base de indicios, hayan estado históricamente más relacionadas con la necesidad de garantizar el éxito de un sistema de legalidad penal inexorable, en el contexto de una sociedad progresivamente secularizada, que otorgaba un nuevo protagonismo a las agencias requeridas para mantener una disciplina masiva y vigilancia continua, que con la mayor o menor confianza depositada en el juez como se ha argumentado tradicionalmente.[134]

V. Certeza, historia ejemplarizante y tradición latente

Los últimos ejemplos analizados nos muestran algunos de los problemas derivados de no tomar en cuenta las fronteras culturales que hace a la alteridad del lenguaje jurídico pre-moderno. Caemos fácilmente en un cuadro lleno de confusiones, paradojas y grotescos que, al tiempo que inhiben nuestra capacidad para comprender una sociedad ajena, nos conducen a una lectura ingenua del cambio social. La lectura continuista nos priva del ejercicio de relativización que requiere aprender a contextualizar el pasado, como paso necesario para encontrar el sentido local de una gramática institucional ajena. Al mismo tiempo, es posible que esa carencia nos incapacite también para contextualizar las certezas de nuestro presente. La enseñanza jurídica parece más dispuesta a transmitir certezas que a problematizar las propias creencias. En el caso de las ciencias dogmáticas, la transmisión de certezas pareciera ser una función casi inherente a la propia tradición disciplinar. También ha sido ese el papel que los primeros historiadores del derecho asignaron a su área de conocimiento, estableciendo así, en sus orígenes, una estrecha sociedad con sus colegas de las ramas dogmáticas.[135] Pese a que en la actualidad esa sociedad se ha quebrado, queda su eco resonando en los lugares comunes de la narrativa histórica que los tratados y manuales de las disciplinas dogmáticas incorporan en sus capítulos introductorios.

Ya sea en su versión evolutiva, ya en su papel ejemplarizante, las secciones históricas no parecen cumplir otra función que contribuir a sostener una certeza fundamental: "La reacción contra un sistema de penas inhumanas o crueles es inherente al derecho penal liberal".[136] Se blinda así cualquier pretensión de contextualización que pueda problematizar la emergencia del objeto estudiado. Esta ha sido, al menos en Argentina, la lectura predominante. El enfoque alternativo ofrecido por Zaffaroni, Alagia y Slokar, si bien evita caer en la lectura naif del cambio social, a nuestro juicio, no elude los problemas derivados de la perspectiva continuista que se traducen en el uso ejemplarizante del pasado. En este caso no se legitima el presente como estadio de evolución, pero el pasado sigue siendo un espejo invertido que nos alerta de posibles regresiones.

---

134 Agüero, 2010 c.
135 Cfr. Caroni, p. 64 ss.
136 De la Rúa – Tarditi, 2014, p. 98.

Por uno u otro camino se contribuye a osificar lecturas caducas del pasado. Al mismo tiempo, se reduce la posibilidad de ejercitar una lectura reflexiva y distante del presente, que posibilite dimensionar todas las consecuencias propias de su emergencia histórica. El uso repetido y constante de la tradición ejemplarizante sólo puede contribuir a la solidificación de las estructuras sobre las que se asienta el saber dogmático. Aunque en la práctica actual pocos profesores se detengan a explicar los capítulos históricos, sus contenidos están ahí, listos para salir al ruedo cuando se enciende una amenaza de regresión. Si ello puede tener un lado positivo en cuanto a la transmisión de convicciones liberales, es necesario asumir que se trata más de un discurso encomiástico hacia los valores del presente, que de un saber sobre el pasado. A tal fin, sería preferible ofrecer una fundamentación racional en términos intra-sistemáticos que acudir a caricaturas del pasado. Al mismo tiempo, aquella sombra latente del pasado adquiere operatividad como custodia de los límites dentro de los cuales se consideran garantizados ciertos dogmas liberales, de tal suerte que condiciona la capacidad de respuesta frente a nuevos desafíos de la experiencia social. En este sentido, la clásica narrativa histórico-penal funcionaría como una suerte de "tradición dormida" o „latente", es decir, como elementos pre-condicionantes del universo mental del jurista, que se activan aun cuando normalmente parecieran olvidados.[137]

En línea con esto último, no resulta extraño que algunos desafíos a los esquemas típicos del liberalismo, derivados de los procesos de globalización, de integración regional, de la multiplicación de ordenamientos y jurisdicciones supranacionales, así como de ciertos fenómenos colaterales como la expansión del derecho penal económico y administrativo, llevaran a los penalistas a recuperar la imagen del mundo medieval para advertir sobre los riesgos que entraña una "nueva edad media penal".[138] De la misma forma, algunos penalistas han criticado la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que estableció la obligación de los estados de proceder "a la investigación y sanción de los responsables de las ºviolaciones graves de los derechos humanos", sin perjuicio de leyes de amnistía, disposiciones de prescripción u otros excluyentes de responsabilidad. Para este punto de vista crítico, el citado tribunal sostiene una doctrina que fomenta "la aplicación del derecho penal a cualquier precio", algo que resultaría equivalente, se nos dice, "a refundar un derecho penal medieval y contrailustrado ya superado por la humanidad hace mucho tiempo".[139]

Esta última afirmación, introducida en un texto de discusión académica, tiene un estatus discursivo similar al lema utilizado en una reciente campaña publicitaria de Amnistía Internacional en Buenos Aires, que reza: "En la Edad Media si eras detenido te torturaban. Ahora, también. Queda mucho por hacer".

137 Para la caracterización de "dormant tradition", Rüsen, 2012, p. 59.
138 Donini, 2003.
139 Pastor, 2006.

(Agradezco al Dr. Jorge Núñez el envío de esta imagen tomada en las calles de Buenos Aires en mayo de 2015)

No pretendemos discutir aquí si el "expansionismo penal" de la globalización, o el "neopunitivismo" estimulado por los organismos de derechos humanos conllevan ciertos riesgos que merecen ser discutidos; o si, acaso, en el afán de proteger los dogmas liberales, hay un alarmismo injustificado por parte de quienes han expresado este tipo de críticas.[140] Desde luego, tampoco objetamos la efectividad de una campaña publicitaria destinada a luchar contra el uso de la tortura en el siglo XXI. Simplemente queremos destacar que, el efecto pragmático de este tipo de usos ejemplarizantes del pasado requiere, como presupuesto, asumir la idea de que "el tiempo cobra sentido a través de una moralidad supratemporal".[141] Es en este punto, como hemos señalado, en donde la narrativa ejemplar y la lectura evolutiva convergen, ofreciendo una base para certezas del presente que son independientes de nuestro conocimiento del pasado.

[140] Para una posible respuesta a la crítica contra el llamado "neopunitivismo" adjudicado por la crítica a los organismos de derechos humanos, véase Pérez Barberá – Agüero, 2012.
[141] Rüsen, 2012, p. 52.

VI. Reflexiones finales: ¿Qué historia ofrecer en la enseñanza del derecho penal?

De acuerdo a lo que hemos expuesto hasta aquí, cabría preguntarse de qué modo se podrían evitar los usos evolutivos o ejemplarizantes de la narrativa histórica. Qué aportaría a la formación del jurista una historia sensible a la alteridad del pasado. Para quienes entienden que el derecho penal tiene una justificación racional derivable de una teoría de la justicia, o de una moral crítica, es posible que la mejor solución consista en prescindir de toda introducción histórica, del mismo modo que los libros escolares suelen explicar el origen del universo evitando preguntar qué había antes del "big-bang". Pero aun cuando no se estuviera dispuesto a asumir esa justificación teórica, con un punto de partida así se evitarían muchas páginas de mitologías, de ponderaciones descontextualizadas, de relaciones implausibles, de hipérboles que obliteran toda una constelación de elementos que hacían a un marco de sentido; dejarían de transmitirse así las imágenes de unas sociedades de gente primitiva, o de gente que confundía las cosas (como si público, privado, delito, pecado, persona, nación, etc. fuesen "cosas" independientes del discurso) o bien, en el mejor de los casos, no sería necesario tener que exculpar a los contractualistas liberales por haber caído ingenuamente en trampas argumentativas derivadas del carácter reversible de cualquier legitimación parcial del poder punitivo.

Sin la confortable justificación latente que ofrece la silenciosa imagen de un pasado obscuro y tenebroso, los penalistas tendrían más estímulos para abordar las tensiones propias de la emergencia del derecho penal como producto de la modernidad. Sin la confianza que produce la convicción de creerse situado en un estadio superior de civilización, habría más espacio para reflexionar sobre las contradicciones inherentes a cualquier sistema institucional. Una mínima referencia a la alteridad del pasado ayudaría a comprender que, en su génesis histórica, las libertades individuales y el monopolio de la coacción (es decir, la emergencia del estado soberano moderno), son factores que se ordenan en una relación bicondicional. Se entendería entonces porqué el principio de legalidad pudo operar, al mismo tiempo, como clave de emancipación individual y como elemento central de la construcción de una nueva (moderna) concepción de la soberanía.[142] Relativizar la imagen del pasado, permitiría así tomar distancia de la antropología subyacente al discurso liberal, para apreciar en qué medida, la centralidad del individuo constituye un momento de ese complejo ideológico que tiene, a la vez, en un extremo, la construcción del Estado y, en el otro, la realización de una sociedad disciplinada.[143]

Una perspectiva como esta, llevaría quizás a prestar más atención a la complejidad de los momentos de transición. Como ha señalado Lindsay Farmer, una de las consecuencias más notable de la clásica visión liberal, es que la historia parece detenerse a mediados del siglo XIX, cuando se considera que las instituciones adquieren los rasgos que las asimilan

[142] Costa, 2007, pp. 5.
[143] Íd., p. 4-5.

al presente.[144] A diferencia de los estudios históricos, que hace tiempo trabajan en torno al complejo momento de transición, los juristas no suelen detenerse demasiado en analizar cómo se fueron dando (o no) los cambios exigidos para pasar de una cultura jurisdiccional a una cultura legal.[145] Tampoco se detienen a observar cómo en algunos contextos, la reforma de la justicia criminal no representó una prioridad especial para las élites que impulsaron las revoluciones políticas, tal como se ha sugerido para el caso norteamericano, y como se puede apreciar en la persistencia de las viejas formas de hacer justicia a lo largo de casi todo el siglo XIX en el caso argentino.[146] Debería entonces prestarse más atención a cómo es que muchas de las formas que emergieron de la transición fueron producto de transacciones entre unos tiempos y otros, como lo muestra el caso argentino, no sólo a través de la prolongada vigencia de códigos rurales con fuerte componente represivo, sino también con un diseño que hace depender la eficacia de la codificación sustantiva nacional de jurisdicciones y procedimientos locales, dando por resultado un modelo de legalidad débil, sin control nomofiláctico, que sólo tardíamente comenzaría a ser exigido por vía jurisprudencial.[147]

Reconocer la alteridad del pasado para asumir como propios del momento de transición muchos de los rasgos clásicamente retroproyectados a los tiempos más remotos, ayudaría a comprender cómo el desarrollo del saber penal corrió en paralelo y fue reflejo de la realización global del proyecto jurídico liberal. Cabría entonces reflexionar sobre la forma en la que incidieron las teorías penales sobre la culpabilidad en el proceso de subjetivación individual del derecho y de consolidación del individualismo antropológico como ingrediente esencial para la nueva sociedad de mercado y viceversa, así como el modo en el que algunos desarrollos contemporáneos se orientaron más bien a remover obstáculos de la prosecución penal que a garantizar el estatuto de autonomía individual del acusado.[148] En definitiva, entendemos que una historia abocada a la comprensión de los contextos y contingencias en los que se desarrolló el saber penal liberal contribuiría más a la reflexión crítica sobre la propia tradición (como se ha hecho y se hace, por ejemplo, desde la criminología crítica), ofreciendo así una mejor perspectiva formativa que la que ofrece una narrativa que persiste en la repetición de los tópicos evolutivos y ejemplarizantes. Sobre todo, ayudaría a repensar la relación entre libertad individual, derecho penal y estado, reducida muchas veces a una ingenua contraposición *tout court*, que es más bien fruto de una predeterminación ideológica que de una comprensión histórica del proceso de emergencia de la modernidad.

---

144 Farmer, 1997, p. 32.
145 Véase, para el caso hispano, Lorente (coord.), 2007.
146 Dubber, 2007; Agüero, 2010.
147 Agüero, 2013.
148 Norrie, 2014; Farmer, 2007.

Bibliografía

Agüero, Alejandro - Lorente, Marta, 2015, "Penal enlightenment in Spain: from Beccaria's reception to the first criminal code", en Jesús Astigarraga (ed.), *The Spanish Enlightenment Revisited*, The Voltaire Foundation of Oxford University, Oxford, pp. 235-264.

Agüero, Alejandro, 2004, "Clemencia, perdón y disimulo en la justicia criminal de antiguo régimen. Su praxis en Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII", en *Revista de Historia del Derecho*, 32, Buenos Aires, pp. 33-81.

Agüero, Alejandro, 2008, *Castigar y perdonar cuando conviene a la república*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Agüero, Alejandro, 2009, "Las penas impuestas por el Divino y Supremo Juez. Religión y justicia secular en Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII", en *Jahrbuch für Geschichte Lateinamerikas*, 46, pp. 203-230.

Agüero, Alejandro, 2010, "Formas de continuidad del orden jurídico. Algunas reflexiones a partir de la justicia criminal de Córdoba (Argentina), primera mitad del siglo XIX", *Nuevo Mundo Mundos Nuevos* [En ligne], Débats, mis en ligne le 23 mars 2010, consulté le 26 août 2015. URL: http://nuevomundo.revues.org/59352 ; DOI : 10.4000/nuevomundo.59352.

Agüero, Alejandro, 2010 b, voz "Legislación", en *Diccionario Histórico Judicial de México. Ideas e Instituciones*, Tomo II, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, pp. 981-988.

Agüero, Alejandro, 2010 c, voz "Indicios", en *Diccionario Histórico Judicial de México. Ideas e Instituciones*, Tomo II, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, pp. 800-809.

Agüero, Alejandro, 2013, "Law and criminal justice in the Spanish colonial order: the problematic enforcement of the legality principle in the early criminal law in Argentina", in Georges Martyn, Anthony Musson, Heikki Pihlajamäki (eds.) *From the Judge's Arbitrium to the Legality Principle. Legislation as a Source of Law in Criminal Trials*, Duncker & Humblot GmbH, Berlin, pp. 229-252.

Bacigalupo, Enrique [1983,] 1996, *Manual de Derecho Penal. Parte General. Exposición referida a los derechos vigentes en Argentina, Colombia, España, México y Venezuela*, Temis, Bogotá.

Bacigalupo, Enrique, 1999, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed. totalmente renovada y ampliada, Hammurabi, Buenos Aires.

Barriera, Darío - Tío Vallejo, Gabriela (coords.), 2012, "Historia política e historia del derecho – Dossier", en *PolHis Boletín Bibliográfico Electrónico del Programa Buenos Aires de Historia Política*, Año 5, Nº 10, segundo semestre de 2012, pp. 23-106, disponible en http://historiapolitica.com/boletin/.

Baschet, Jérôme, 2006, *La civilisation féodale. De l'an mil à la colonisation de l'Amérique*, 3a éd., Flammarion, Paris.

Beccaria, Cesare, [1764,] 1994, *De los delitos y las penas*, Altaya, Madrid.

Birocchi, Italo, 2007, "La giustizia di tipo egemonico: qualche spunto di riflessione", in Lacchè, L. et al. (eds.), *Penale, Giustizia, Potere. Per ricordare Mario Sbriccoli*, Università di Macerata, Macerata.

Bourdieu, Pierre, 2000, *La dominación masculina*, trad. Joaquín Jordá, Anagrama, Barcelona.

Caroni, Pio, 2010, *La soledad del historiador del derecho. Apuntes sobre la conveniencia de una disciplina diferente*, Universidad Carlos III, Madrid.

Caroni, Pío, 2013, *Lecciones de historia de la codificación*, Universidad Carlos III, Madrid.

Carrara, Francesco, [1859] 1867, *Programma del corso di Diritto Criminale. Parte Generale,* 3 ed., Tipografia Giusti, Lucca.

Cesano, José Daniel, 2011, *Élites, redes intelectuales y recepción en la cultura jurídico penal de Córdoba* (1900-1950), Ed. Del Copista, Córdoba.

Clanchy, Michael, 1983, "Law and Love in the Middle Ages", in Bossy, John (ed.), *Disputes and settlements. Law and human relations in the West*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 47-67.

Clavero, Bartolomé, 1990, "Delito y Pecado. Noción y escala de transgresiones", en Tomás y Valiente, Francisco et al., *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas,* Alianza, Madrid, pp. 57-89.

Clavero, Bartolomé, 1991, *Antídora. Antropología Católica de la Economía Moderna*, Giuffrè, Milano.

Costa, Pietro, 2007, "Pagina Introduttiva (Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernitá penale)", in *Quaderni Fiorentini,* 36, v. I, Giuffrè, Milano, pp. 1-45.

Creus, Carlos, 1992, *Derecho penal. Parte general*, 3ra ed. actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires.

Cutter, Charles, 1995, *The legal culture of northern New Spain 1700-1810*, University of New Mexico Press, Albuquerque.

De La Rúa, Jorge - Tarditti, Aída, 2014, *Derecho Penal. Parte General*, 1, Hamurabi, Buenos Aires.

Donini, Massimo, 2003, "¿Una nueva edad media penal? Lo viejo y lo nuevo en la expansión del derecho penal económico", en: *Nuevo Foro Penal*, 65, Universidad EAFIT, Medellín, pp. 92-119.

Dou y de Bassols, Ramón Lázaro, 1800, *Instituciones de Derecho Público de España*, Benito García y Cía., Madrid.

Dubber, Markus D. and Farmer, Lindsay (eds.), 2007, *Modern Histories of Crime and Punishment*, Stanford University Press, Stanford (Cal.).

Dubber, Markus D. and Farmer, Lindsay, 2007, "Introduction. Regarding Criminal Law Historically", in Dubber, Markus D. and Farmer, Lindsay (eds.), *Modern Histories of Crime and Punishment*, Stanford University Press, Stanford (Cal.), pp. 1-13.

Dubber, Markus D., 2007, ""An Extraordinarily Beautiful Document": Jefferson's "Bill for Proportioning Crimes and Punishments" and the Challenge of Republican Punishment", in Dubber, Markus D. and Farmer, Lindsay (eds.), *Modern Histories of Crime and Punishment*, Stanford University Press, Stanford (Cal.), pp. 115-150.

Duve, Thomas, 2014, German Legal History: National Traditions and Transnational Perspectives, in: *Rechtsgeschichte - Legal History,* Rg 22 (2014), 16-48, online: http://dx.doi.org/10.12946/rg22/016-04.

Farmer, Lindsay, 1997, *Criminal law, tradition and legal order. Crime and the genius of Scots law, 1747 to the present*, Cambridge University Press, Cambridge.

Farmer, Lindsay, 2007, "Criminal Responsibility and the Proof of Guilt", in Dubber, Markvs D. and Farmer, Lindsay (eds.), *Modern Histories of Crime and Punishment*, Stanford University Press, Stanford (Cal.), 2007, pp. 42-65.

Fontán Balestra, Carlos, [1953] 1998, *Derecho penal. Introducción y parte general*, 16ª ed. actualizado por Guillermo A. C. Ledesma, Abeledo Perrot, Buenos Aires.

Foucault, Michel, 1979, *Discipline and Punish. The Birth of Prison*, Random House, New York.

Garriga, Carlos, 2004, "Historia y derecho, historia del derecho", *Istor. Revista de historia internacional*, 16, CIDE, México, pp. 3-8; también disponible online en http://www.istor.cide.edu/archivos/num_16/presentacion.pdf.

Garriga, Carlos, 2004b, "Orden jurídico y poder político en el Antiguo Régimen", *Istor. Revista de historia internacional*, 16, CIDE, México, pp. 13-44, también disponible online en: http://www.istor.cide.edu/archivos/num_16/dossier1.pdf.

Gordon, Robert W., 1984, "Critical Legal Histories", Faculty Scholarship Series. Paper 1368, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1368.

Gordon, Robert W., 1996, "The Struggle over the Past", Faculty Scholarship Series. Paper 1349, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1349.

Hay, Douglas, 1975, "Property, Authority and the Criminal law", in Douglas Hay, Peter Linebaugh, John G Rule, E. P. Thompson and Cal Winslow (eds.), *Albion's Fatal Tree: Crime and Society in Eighteenth-Century England*, Allen Lane, London, pp. 17-63.

Hespanha, Antonio M., 1993, *La gracia del derecho. Economía de la cultura en la Edad Moderna*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Hespanha, Antonio M., 2002, *Cultura jurídica europea, síntesis de un milenio*, Tecnos, Madrid.

Horwitz, Morton J., 1997, "Why is Anglo-American Jurisprudence Unhistorical?", *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 17 (winter 1997), pp. 551-586.

Koselleck, Reinhart 1993, *Futuro pasado. Para una semántica de los tiempos históricos*, Paidós, Barcelona.

Lacchè, Luigi - Meccarell, Massimo (eds.), 2012, *Storia della giustizia e storia dell diritto. Prospettive europee di ricerca*, Università di Macerata, Macerata.

Lardizábal y Uribe, Manuel, 1782, *Discurso sobre las penas contrahido a las leyes criminales de España, para facilitar su reforma* Joachin Ibarra, Madrid.

Lascano (h), Carlos Julio (Dir.), 2000, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, Advocatus, Córdoba.

Lascano (h), Carlos Julio (Dir.), 2005, *Derecho Penal. Parte General. Libro de Estudio*, 1ª reimpresión, Advocatus, Córdoba.

Lawrence, Paul, 2012, "History, criminology and the 'use' of the past", *Theoretical Criminology*, 08/2012, Volumen 16, Número 3, pp. 313-328.

Lorente, Marta (coord.), 2007, *De justicia de jueces a justicia de leyes. Hacia la España de 1870*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

Lucchini, Luigi, [1899]1905, *Elementi di Procedura Penale*, 3ed, Barbèra Editore, Firenze.

Maier, Julio, [1989] 1996, *Derecho Procesal Penal,* Tomo I – Fundamentos, 2ª edición, Editores del Puerto, Buenos Aires.

Norrie, Alan, 2014, *Crime, Reason and History: A critical Introduction to Criminal Law*, 3rd ed., Cambridge University Press, Cambridge.

Núñez, Ricardo C., [1960,] 1987, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I – Parte General, 2da ed. 2ª reimpresión, Marcos Lerner, Córdoba.

Núñez, Ricardo C., [1972] 2009, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 5ta ed. actualizada por Roberto E. Spinka, Lerner Editora, Córdoba.

Núñez, Ricardo C., [1972,] 1981, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Lerner Editora, Córdoba.

Palti, Elías, 2005, "De la Historia de las 'Ideas' a la Historia de los 'Lenguajes Políticos'. Las escuelas recientes del análisis conceptual. El panorama latinoamericano", en *Anales* N° 7-8, Instituto Iberoamericano, Universidad de Göteborg, pp. 63-82.

Pastor, Daniel, 2006, "La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos", en *Jura Gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, II, versión disponible en http://www.juragentium.org/topics/latina/es/pastor.htm#n41 (accedido el 03/07/15).

Pérez Barberá, Gabriel - Agüero, Alejandro, 2012, "Contrapunitivismo y neopunitivismo. Perspectiva histórica y moral", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Año II, n. 2, marzo 2012, Buenos Aires, pp. 249-263.

Roberts, Simon, 1983, "The study of Disputes: Anthropological Perspectives", Bossy, John (ed.), *Disputes and settlements. Law and human relations in the West*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 1-24.

Roxin, Claus, 1997, *Derecho penal. Parte General.* T. I, trad. de la 2ª ed. alemana, Civitas, Madrid.

Rüsen, Jörn, 2012, "Tradition: A Principle of Historical Sense-Generation and Its Logic and Effect in Historical Culture", *History and Theory*, Theme Issue 51 (December 2012), pp. 45-59.

Smith, Bruce P., 2007, "The Myth of Private Prosecution in England, 1750-1850", in Dubber, Markus D. and Farmer, Lindsay (eds.), *Modern Histories of Crime and Punishment*, Stanford University Press, Stanford (Cal.), pp. 151-174.

Soler, Sebastián, [1940,] 1992, *Derecho Penal Argentino*, 5ta ed. 10ª reimpresión, actualizado por Guillermo Fierro, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires.

Soler, Sebastián, 1956, *Fe en el Derecho y otros ensayos,* Tipografía Editora Pública, Buenos Aires.

Srikantan, Geetanjali, 2014, "Towards New Conceptual Approaches in Legal History: Rethinking "Hindu Law" through Weber's Sociology of Religion", en Duve, Thomas (Ed.) *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches*, Max Planck Institute for European Legal History, pp. 101-128.

Tarello, Giovanni, 1995, *Cultura jurídica y política del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México.

Tau Anzoátegui, 2010, *El futuro de la historia jurídica en las Aulas*, Asociación Argentina de Profesores e Investigadores de Historia del Derecho - Advocatus, Córdoba.

Tau Anzoátegui, Víctor - Agüero, Alejandro (coords.), 2013, *El derecho local en la periferia de la Monarquía Hispana. El Río de la Plata, Tucumán y Cuyo. Siglos XVII-XVIII*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires.

Tomás y Valiente, Francisco, 1969, *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta*, Tecnos, Madrid.

Vélez Mariconde, [1956; 1969,] 1982, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, 3ra ed. 1ª reimpresión, actualizada por Manuel N. Ayán y José I. Cafferata Nores, Marcos Lerner, Córdoba.

Vélez Mariconde, Alfredo - Soler, Sebastián, 1938, *Proyecto de Código de procedimiento penal*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba.

Welsel, Hans, 1987, *Derecho Penal Alemán. Parte General*, 11ª ed., 4ª ed. castellana, trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.

Zaffaroni, Eugenio R. - Croxatto, Guido L., 2014, «El pensamiento alemán en el derecho penal argentino», en *Journal of the Max Planck Institute for European Legal History*, 22, pp. 192-212 (http://www.rg-rechtsgeschichte.de/rg22).

Zaffaroni, Eugenio R. - Alagia, Alejnadro - Slokar, Alejandro, [2000,] 2002, *Derecho Penal – Parte General*, 2da ed., Ediar, Buenos Aires.

Zaffaroni, Eugenio R. - Alagia, Alejnadro - Slokar, Alejandro, [2005] 2007, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2da ed. – 1ª reimpresión, Ediar, Buenos Aires.

Zaffaroni, Eugenio R., [1989] 2003, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal*, 3ª reimpresión, Ediar, Buenos Aires.

Zaffaroni, Eugenio, [1980] 1998, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, Ediar, Buenos Aires.